الكافي

في

فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل

تأليف

شيخ الإسلام أبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي

تحقيق

زهير الشاويش

الجزء الثاني

المكتب الإسلامي

الطبعة الرابعة

١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م

المكتب الإسلامي
بيروت: ص.ب ١١/٣٧٧١ - هاتف ٤٥٠٦٣٨ - برقيا: اسلاميا
دمشق: ص.ب ٨٠٠ - هاتف ١١١٦٣٧ - برقيا: اسلامي

كِتَابُ البَيْعِ

البيع حلال ، لقول الله تعالى (وأحل الله البيع) البقرة : ٢٨٥ . وهو نوعان . أحدهما : الإيجاب والقبول ، فيقول البائع : بعتك أو ملكتك أو لفظاً بمعناها ، ثم يقول المشتري : ابتعت أو قبلت أو نحوهما ، فإن تقدم القبول الإيجاب بلفظ الماضي ، فقال : ابتعت هذا منك بكذا ، فقال : بعتك ، صح ، لأن المعنى حاصل ، فأشبه التعبير بلفظ آخر ، وإن تقدم بلفظ الطلب ، فقال : بعني ، فقال : بعتك ، صح ، لأنه تقدم القبول ، أشبه لفظ الماضي ، وعنه : لا يصح ، لأنه لو تأخر عن الإيجاب ، لم يصح ، فلم يصح متقدماً ، كلفظ الاستفهام . وإن أتى بلفظ الاستفهام ، فقال : أبعتني ثوبك ؟ فقال : بعتك ، لم يصح متقدماً ، ولا متأخراً ، لأنه ليس بقبول ولا استدعاء .

الثاني : المعاطاة مثل أن يقول : أعطني بهذا خبزاً ، فيعطيه ما يرضيه ، أو يقول : خذ هذا الثوب بدينار ، فيأخذه فيصح ، لأن الشرع ورد بالبيع ، وعلق عليه أحكاماً ، ولم يعين له لفظاً ، فعلم أنه ردهم إلى ما تعارفوه بينهم بيعاً ،

والناس في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك . وحكي عن القاضي : أنـــه يصح في الأشياء اليسيرة دون الكثيرة ، لأن العرف إنما جرى في اليسير ، والحكم في الهبة والهدية والصدقة ، كالحكم في البيع ، وذلك لاستواء الجميع في المعـــنى .

فصل

ويشترط له الرضى ، لقول الله تعـــالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) النساء : ٢٩ . إلا فيما يجب ، فإن أكره على بيع غير واجب ، لم يصح لعدم الرضى المشترط ، وإن أكره على بيع واجب ، صح ، لأنه قول حمل عليه بحق ، فصح كإسلام المرتد . ولا يصح من غير عاقل ، كالطفل والمجنون والسكران ، والنائم والمبرسم ، لأنه قول يعتبر له الرضى، فلم يصح من غير عاقل كالإكراه.

بَابُ مَا يجوز بيعه وَما لا يجوز

كل عين مملوكة يباح نفعها واقتناؤها من غير ضرورة يجوز بيعهـــا ، كالمأكول والمشروب ، والملبوس والمركوب، والعقار والعبيد والإماء ، لقوله تعالى : (وأحل الله البيع)البقرة: ٢٧٥.وقد اشترى النبي ﷺ من جابر بعيراً،

ومن أعرابي فرساً . ووكل عروة بن الجعد في شراء شاة ، وباع مدبراً وحلساً وقدحاً ، وأقر أصحابه على بيع هذه الأعيان وشراءها . ويجوز بيع دود القز وبزره، لأنه منتفع به، وبيع النحل في كوارته ومنفرداً عنها إذا رؤي وعلم قدره، وبيع الطير الذي يقصد صوته كالهزار والبلبل والببغة ، لأنه يشتمل على منفعة مباحة ، أشبه الأنعام . ويجوز بيع الهر وسباع البهائم ، والطير التي تصلح للصيد ، كالفهد والبازي ونحوهما غير الكلب في إحدى الروايتين ، وهي اختيار الخرقي، والأخرى:لا يجوز. واختارها أبو بكر وابن أبي موسى فقالا : لا يجوز بيعها لنجاستها ، فأشبهت الكلب والأول أصح،لأنه حيوان أبيح نفعه واقتناؤه من غير وعيد في جنسه ، فجاز بيعه ، كالحمار وبهذا يبطل ما ذكرناه . ويجوز بيع الجحش الصغير ، والفهد الصغير ، وفرخ البازي،لأنه يصير إلى حال ينفع ، فأشبه طفل العبيد . وما ينفع من بيض الطير لمصيره فرخاً فهو كفرخه، لأن مآله إلى النفع ، وقال القاضي : لا يجوز بيعه ، لعدم نفعه في الحال . قال أحمد : أكره بيع القرد ، قال ابن عقيل : هذا محمول على بيعه للإطافة به واللعب فأما بيعه لحفظ المتاع فيجوز ، لأنه منتفع به . وقال أحمد : أكره بيع لبن الآدميات ، فيحتمل التحريم ، لأنه مائع خارج من آدمية ، أشبه العرق ويحتمل كراهية التنزيه ، لأنه طاهر منتفع به ، أشبه لبن الشاة .

فصل

ويجوز بيع العبد المرتد ، لأنه مملوك منتفع به ، وخشية هلاكه لا يمنع بيعه كالمريض ، فإن علم المشتري حاله ، فلا شيء له ، لأنه رضي بعيبه ، وإن لم يعلم فله الرد أو الأرش ، قتل أو أسلم ، كالمعيب . ويصح بيع العبد الجاني عمداً وخطأ على النفس أو ما دونها ، لأنه حق تعلق برقبته غير متحتم ، فأشبه القتل بالردة ، فإن كانت الجناية موجبة للقصاص ، فهي كالردة ، وإن كانت موجبة للمال ، فهو على السيد ، لأنه رضي بالتزام ما عليه ، فإن كان معسراً ، فللمجني عليه رقبة العبد ، إن شاء فسخ العقد ورجع به ، وإن شاء رجع على البائع بالأرش . وإن كان قاتلاً في المحاربة ، فكذلك في قول بعض أصحابنا ، لأنه ينتفع به إلى قتله ويعتقه ، فيجر ولاء ولده ، فصح بيعه كالزمن وحكمه حكم المرتد ، وقال القاضي : لا يصح بيعه ، لأنه متحتم القتل ، فلا منفعة فيه ، فأشبه الميت .

فصل

وفي بيع رباع مكة وإجارتها روايتان . إحداهما : يجوز لأن عمر رضي الله عنه اشترى من صفوان بن أمية داراً بأربعة آلاف ، واشترى معاوية من حكيم بن حزام دارين بمكة ، ولأنها أرض حية لم ترد عليها صدقة محرمة ، فجاز بيعها كغيرها .

والثانية : لا يجوز ، لأنها فتحت عنوة ، ولم تقسم بين الغانمين ،فصارت وقفاً على المسلمين ، فحرم بيعها كسواد العراق .

والدليل على فتحها عنوة قول النبي ﷺ «إن الله حبس عن مكة الفيل، وسلط عليها رسوله والمؤمنين ، وإنما أحلت لي ساعة من نهار» . متفق عليه . وقالت أم هانىء : يا رسول الله إني أجرت حموين لي ، فزعم ابن أمي علي أنه قاتلها ، فقال النبي ﷺ « قد أجرنا من أجرت » وقتل ابن خطل ومقيس ابن حبابة ، ولو فتحت صلحاً لم يجز قتل أهلها .

فصل

ولا يجوز بيع أرض الشام ، وسواد العراق ونحوها مما فتح عنوة ، لأن عمر رضي الله عنه وقفه على المسلمين ، وأقره في يد أربابه بالخراج الذي ضربه يكون أجرة له في كل عام ، ولم يقدر مدتها لعموم المصلحة فيها ، وقد اشتهر ذلك في قصص نقلت عنه . وعن أحمد : أنه كره بيعها ، لأنه يأخذ ثمن الوقف ، وأجاز شراءها ، لأنه كالاستنقاذ لها ، فجاز كشراء الاسير ، وتجوز إجارتها لأنها مستأجرة في يد أربابها ، وإجارة المستأجر جائزة ، فأما المساكن في المدائن ، فيجوز بيعها ، لأن الصحابة رضي الله عنهم اقتطعوا الخطط في الكوفة والبصرة في زمن عمر رضي الله عنه ، وبنوها مساكن ، وتبايعوها من غير نكير فكان إجماعاً .

فصل

قال أحمد : لا أعلم في بيع المصحف رخصة ، ورخص في شرائه وقال : هو أهون ، وذلك لان ابن عمر وابن عباس وأبا موسى كرهوا بيعه ، ولأنه يشتمل على كلام الله ، فيجب صونـــة عن الابتذال ، والشراء أسهل ، لأنه استنقاذله فلم يكره كشراء الأسير. وقال ابو الخطاب: يجوز بيعها مع الكراهة، وفي شرائها وإبدالها روايتان ، فإن بيعت لكافر ، لم يصح . رواية واحدة ، لأن النبي ﷺ نهى عن المسافرة بالقرآن إلى أرض العدو مخافة أن تناله أيديهم. فلم يجز تمليكهم إياه ، وتمكينهم منه ، ولأنه يمنع من استدامة ملكـــه ، فمنع ابتداء ، كنكاح المسلمة .

فصل

ولا يجوز بيع الخمر والميتة، والخنزير والأصنام. متفق عليه. لما روى جابر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول « إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة ، والخنزير والأصنام » متفق عليه . ولا يجوز بيع ما لا نفع فيه ، كالحشرات ، وسباع البهائم، والطير التي لا يصاد بها ، وما لا يؤكل من الطير، ولا بيضه ، لأنه لا نفع فيها، فأشبهت الخنزير. ولا يجوز بيع الحر ، لأن النبي ﷺ قال: قال الله تعالى: « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، ذكر منهم رجلاً باع حراً ، فأكل ثمنه » . متفق عليه . ولا يجوز بيع ماليس بمملوك ، كالمباحات قبل حيازتها ، لانها غير مملوكة

أشبهت الحر . ولا يجوز بيع الدم ، ولا السرجين النجس ، لانه مجمع على تحريمه ، ونجاسته ، أشبه الميتة . ولا يجوز بيع شحم الميتة ، لانه منها . وفي حديث جابر قيل : يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة ؟ فإنه تدهن بها الجلود ، وتطلى بها السفن ، ويستصبح بها الناس ؟ فقال : « لا هو حرام » . متفق عليه وما نجس من الادهان كالزيت ، فظاهر المذهب تحريم بيعها قياساً على شحم الميتة ، لقول رسول الله ﷺ « إن الله إذا حرم شيئاً ، حرم ثمنه » وعنه : يباع لكافر ، ويعلم بحاله ، لانه يعتقد حله . وفي جواز الاستصباح بها روايتان إحداهما : لا يجوز لانه دهن نجس ، فأشبه شحم الميتة .

والثانية : يجوز ، لأنه أمكن الانتفاع بها من غير ضرر ، أشبه الانتفاع بالجلد اليابس . قال أبو الخطاب : ويتخرج على جواز الاستصباح بها ، جواز بيعها . قال القاضي : ولا تطهر بالغسل ، لأنه لا يتأتى فيها العصر ، ويتخرج أنها تطهر بصبها في ماء كثير ، ثم تترك حتى تطفو ، فتؤخذ ، والعصر : إنما يعتبر فيما يتأتى العصر فيه ، بدليل الحجر والأخشاب ، اختاره أبو الخطاب ، فأما غير الأدهان ، كالخل ، واللبن ، فلا تطهر ، وجهاً واحداً .

فصل

ولا يجوز بيع الكلب ، وإن كان معلماً ، لما روى أبو مسعود الأنصاري، أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب . وقال: «ثمن الكلب خبيث» متفق عليه. ولا

غرم على قاتله ، لأنه لا قيمة له ، وقد أساء من قتل كلباً يباح اقتناؤه ، ولا يباح اقتناء كلب ، إلا لصيد ، أو حفظ ماشية ، أو حرث ، لما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال : « من اتخذ كلباً إلا كلب ماشية ، أو صيد ، أو زرع ، نقص من أجره كل يوم قيراط » متفق عليه . ويجوز تربية الجرو الصغير لذلك ، لأنه قصد به ما يباح ، فيأخذ حكمه ، كالجحش الصغير ، ولأنه لو لم يقتن غير المعلم ، لم يمكن تعليمه ، وتعذر اقتناء المعلم ، وفيه وجه آخر ، أنه لا يجوز اقتناؤه ، لأنه ليس من الثلاثة . فإن اقتنى كلب الصيد ، من لا يصيد به ، جاز ، للحديث . وفيه وجه آخر ، أنه لا يجوز ، لأن اقتناءه لغير حاجة ، أشبه من اقتناه للماشية ، ولا ماشية له .

فصل

ولا يجوز بيع المعدوم ، لما روى أبو هريرة : أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر . رواه مسلم . وبيع المعدوم بيع غرر ، ولأن تحريم بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، تنبيه على تحريم بيعها قبل وجودها ، فلا يجوز بيع الثمرة قبل خلقها ، ولا بيع الماء العد الذي له مادة ، كماء العيون والآبار ، لأنه بيع لم يتجدد ، وهو في الحال معدوم .

فصل

ولا يجوز بيع ما لا يقدر على تسليمه ، كالطير في الهواء ، والسمك في الماء ، والعبد الآبق ، والجمل الشارد ، والفرس العائر ، والمغصوب في يد الغاصب ، لحديث أبي هريرة . وقال ابن مسعود : لا تشتروا السمك في الماء ، فإنه غرر . ولأن القصد بالبيع تمليك التصرف ، ولا يمكن ذلك فيما لا يقدر على تسليمه ، فإن باع طيراً له في برج مغلق الباب ، أو سمكاً في بركة معدة للصيد وكان معروفاً بالرؤية مقدوراً على تناوله بلا تعب ؛ جاز بيعه ، لعدم الغرر فيه . فإن اختل بعض ذلك ، لم يجز . وإن باع الآبق لقادر عليه ، أو المغصوب لغاصبه ، أو لقادر على أخذه منه ، جاز لذلك وإلا فلا .

فصل

ولا يجوز بيع ما تجهل صفته ، كالحمل في البطن، واللبن في الضرع والبيض في الدجاج، والنوى في التمر ، لحديث أبي هريرة. وروى ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن بيع المجر. والمجر: شراء ما في الأرحام. وعن أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى عن بيع المضامين والملاقيح. قال أبو عبيد: الملاقيح: ما في البطون، وهي الأجنة ، والمضامين. ما في أصلاب الفحول. وما سواه يقاس عليه. وروي ان النبي ﷺ نهى أن

يباع صوف على ظهر ، أو لبن في ضرع . رواه ابن ماجه. وعنه : في بيع الصوف على الظهر روايتان . إحداهما : لا يجوز للخبر ، ولأنه متصل بالحيوان فلم يجز إفراده بالبيع ، كأعضائه . والثانية : يجوز بشرط جزه في الحال ، لأنه معلوم ممكن تسليمه ، فجاز بيعه كالزرع في الأرض .

فصل

ولا يجوز بيع الأعيان من غير رؤية أو صفة يحصل بها معرفة المبيع في ظاهر المذهب ، لحديث أبي هريرة ، ولأنه مجهول عند العاقد ، فلم يصح بيعه ، كالنوى في التمر ، فعلى هذا يشترط رؤية ما هو مقصود بالبيع ، كداخل الثوب، وشعر الجارية . وعنه : يجوز لأنه عقد معاوضة ، فأشبه النكاح ، فعلى هذا هل يثبت له خيار الرؤية؟ على روايتين . إحداهما : لا خيار له لأنه عقد معاوضة ، صح مع الغيبة ، فأشبه النكاح . والثانية : يثبت له الخيار عند الرؤية في الفسخ والإمضاء ، لأنه روي عن النبي ﷺ أنه قال « من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه » ويكون خياره على الفور ، للحديث ، وقيل : يتقيد بالمجلس ، لأنه خيار ثابت بمقتضى العقد ، فتقيد بالمجلس ، كخيار المجلس ، فإن اختار إمضاء العقد قبل الرؤية ، لم يلزم ، لأنه تعلق بالرؤية ، ولأنه يؤدي إلى التزام العقد في مجهول الصفة . وإن اختار الفسخ انفسخ ، لأن الفسخ يصح في مجهول الصفة ،

ويعتبر لصحة العقد الرؤية من المتعاقدين جميعاً ، لأن الرضا معتبر منهما ، فتعتبر الرؤية التي هي مظنة له منهما جميعا .

فصل

فإن رأيا المبيع ، ثم عقدا بعد ذلك بزمن لا تتغير العين فيه ، صح في صحيح المذهب . وعنه : لا يصح ، لأن ما كان شرطاً يعتبر وجوده حال العقد كالشهادة في النكاح . ولنا أنه معلوم عندهما (١) ، أشبه مالو شاهداه حال العقد ، أو اشترى منه داراً كبيرة ، وهو في طرفها ، والشرط العلم ، وهو مقارن للعقد ، ثم إن وجد المبيع لم يتغير لزم ، وإن وجده ناقصا ، فله الخيار ، ولأن ذلك كالعيب ، وإن اختلفا في التغيير ، فالقول قول المشتري ، لأن الثمن يلزمه ، فلا يلزمه إلا مااعترف به . وإن عقدا بعد الرؤية بزمن يفسد فيه ظاهراً ، لم يصح لأنه غير معلوم . وإن احتمل الأمرين ، ولم يظهر التغير ، فالعقد صحيح ، لأن الأصل سلامته .

فصل

ويصح البيع بالصفة في صحيح المذهب إذا ذكر أوصاف المسلم ، لأنه لما عدمت المشاهدة للمبيع ، وجب استقصاء صفاته كالسلم ، وإذا وجده على الصفة ، لزم العقد ، وإن وجده على خلافها ؛ فله الفسخ ، فإن اختلفا في التغير ،

فالقول قول المشتري لما ذكرناه . وعنه : لا يصح البيع بالصفة ، لأنه لا يمكن استقصاؤها ، فالمذهب الأول ، لأنه مبيع معلوم بالصفة ، فصح بيعه كالمسلم فيه. وبيع الأعمى ، وشراؤه بالصفة ، كبيع البصير بها ، فإن عدمت الصفة ، وأمكنه معرفه المبيع بذوق أو شم ؛ صح بيعه وإلا لم يصح ، لأنه مجهول في حقه .

فصل

ولا يجوز بيع عبد من عبيد ، ولا شاة من قطيع ، ولا ثوب من أثواب ولا أحد هذين العبدين ، لأنه غرر ، فيدخل في الخبر ، ولأنه يختلف فيفضي إلى التنازع ويجوز بيع قفيز من صبرة ، ورطل زيت من دن أو رَكوة ، لأن أجزاءه لا تختلف ، فلا يفضي إلى التنازع ، فإن باع جريباً من ضيعة ، يعلمان جربانها ، صح ، وكان المبيع مشاعاً منها ، فإن كانت عشرة أجربة ، فالمبيع عشرها ، وإن لم يعلما جربانها ، لم يصح ، لأنه لا يعلم قدره منها ، فيكون مجهولاً .

فصل

وما لا تختلف أجزاؤه، كصبر الطعام، وزق الزيت، يكتفي برؤية بعضه، لأنها تزيل الجهالة، لتساوي أجزائه، ولأنه تتعذر رؤية جميعه، فاكتفي ببعضه كأساسات الحيطان، وما تشق رؤيته، كالذي مأكوله في جوفه، يكتفي برؤية ظاهره لذلك. والحب

في سنبله ، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الحب حتى يشتد . فمفهومه جواز بيع الباقلاء والجوز واللوز في قشره والحب في سنبله لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الحب حتى يشتد . فمفهومه جواز بيع المشتد ، ولأنه مستور بما خلق فيه ، فجاز بيعه كالذي مأكوله في جوفه ، ولأن قشره الأعلى من مصلحته لأنه يحفظ رطوبته ، وادخار الحب في سنبله أبقى له فجاز بيعه فيه ، كسلت وأرز ، وما لا تشق رؤية جميعه على ما أسلفناه .

فصل

إذا قال : بعتك هذه الصبرة ، صح وإن لم يعلم قدرها ، لان ابن عمر قال : كنا نبتاع الطعام من الركبان جزافاً على عهد رسول الله ﷺ . متفق عليه . ولان غرر ذلك منتفي بالمشاهدة ، فاكتفي بها . وإن باعه نصفها أو ثلثها أو جزءاً منها مشاعاً ، صح لان من عرف شيئاً عرف جزءه . وإن قال: بعتكها كل قفيز بدرهم ، صح ، لان المبيع معلوم بالمشاهدة ، والثمن معلوم لإشارته إلى مايعلم مبلغه بجهة ، لا تتعلق بالمتعاقدين وهو كيل الصبرة ، فجاز كما لو باعه مرابحة لكل عشرة درهم . ولو قال : بعتك بعض هذه الصبرة لم يصح ، لأن البعض مجهول. ولو قال: بعتك منها كل قفيز بدرهم لم يصح، لأنه باعه بعضها، ولو قال : بعتكها على أن أزيد قفيزاً لم يصح ، لأن الزائد مجهول ، فإن قال : على أن أزيدك قفيزاً من هذه ، أو أنقصك قفيزاً ، لم يصح ، لأنه لا يدري أيزيده

أم ينقصه ، وإن قال : بعتكها كل قفيز بدرهم على أزيدك قفيزاً من هذه الأخرى ، وهما يعلمان قدر قفزانهـــا ؛ صح لأنهما إذا علماها عشرة ، فمعناه : بعتك كل قفيز ، وعشر بدرهم ، وإن لم يعلما قدرها ، لم يصح لجهالة الثمن ، لأنه يصير قفيزاً و شيئاً لا يعلمان قدره بدرهم،لجهلهما بكمية قفزانها ،وكذلك إن قال: على أن أنقصك قفيزاً . وإن جعلا للقفيز الزائد ثمناً مفرداً، صح في الحالين.

فصل

ويكتفي بالرؤية فيما لا تتساوى أجزاؤه ، كالأرض والثوب، والقطيع من الغنم ، لماذكرناه في الصبرة ، وفيه نحو من مسائلها . ولو قال : بعتك من الدار من هاهنا إلى هاهنا ، جاز ، لأنه معلوم . وإن قال : عشرةأذرع ابتداؤها من هاهنا ، لم يصح ، لأنه لا يدري إلى أين ينتهي . ولوقـــال : بعتك نصف دارة مما يلي دارك ؛ لم تصح ، نص عليه لذلك . وإن قال : بعتك من هـــذا الثوب من أوله إلى هاهنا،صح،لأنه معلوم.وقال القاضي : إن كان ينقصه القطع، لم يصح لعجزه عن التسليم إلا بضرر ، والأول اصح ، لأن التسليم ممكن ، والضرر لا يمنع الصحة إذا التزمه ، كما لو باعه نصفاً مشاعاً ، أو نصف حيوان .

فصل

ويشترط لصحة المبيع معرفة الثمن ، لأنه أحد العوضين ، فيشترط العلم به ، كالمبيع ورأس مال السلم . وإن باعه بثمن مطلق في موضع فيه نقد معين ، انصرف إليه ، وإن لم يكن فيه نقد معين ، لم يصح لجهالته . وإن باعه سلعة برقمها أو بما باع به فلان ، وهما لا يعلمان ذلك ، أو أحدهما ،أو بما ينقطع به السعر ، لم يصح ، لأنه مجهول . وإن قال : بعتك بألف درهم ذهباً وفضة ؛ لم يصح ، لأنه لم يبين القدر من كل واحد منهما . وإن باعه بعشرة نقداً أو بخمس عشرة نسيئة ، أو بعشرة صحاحاً ، أو بعشرين مكسرة ، لم يصح ، لأن النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة. وهو هذا . ولأنه لم يعقد على ثمن بعينه، أشبه إذا قال : بعتك أحد هذين العبدين . ويتخرج أنه يصح بناء على قوله في الإجارة ، وقيل : معنى « بيعتين في بيعة » أن يقول : بعتك هذا بمائة على أن تبيعني دارك بألف ، أو على أن تصرفها لي بذهب . وأيّاًما كان فهو غير صحيح . وإن باع بثمن معين ، تعين ، لأنه عوض ، فتعين بالتعيين ، كالمبيع فعلى هذا إن وجده مغصوباً بطل العقد ، وإن وجده معيباً فرده ، انفسخ العقد لرد المعقود عليه ، فأشبه رد المبيع . وعن أحمد : أن الثمن لا يتعين إلا بالقبض ، فتنعكس هذه الأحكام . وإن باعه بثمن في الذمة ، لم يتعين ، فإذا قبضه فوجده مغصوباً ، لم يبطل العقد ، وإن رده ، لم ينفسخ ، لأن الثمن في الذمة .

فصل

ولا يجوز بيع الملامسة والمنابذة، لما روى أبو سعيد الخدري أن النبي ﷺ نهى عن بيعتين الملامسة والمنابذة. والمنابذة: أن يقول: إذا نبذت إلي هذا الثوب، فقد وجب البيع. والملامسة: أن يمسه بيده ولا ينشره. متفق عليه. ولأنه إذا علق البيع على نبذ الثوب ولمسه، فقد علقه على شرط، وهو غير جائز. وإذا باعه قبل نشره، فقد باعه مجهولاً، فيكون غرراً. ولا يجوز بيع الحصاة، لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة. رواه مسلم. وهو أن يقول: ارم هذه الحصاة فعلى أي ثوب وقعت، فهو لك بكذا. وقيل: هو أن يقول: بعتك من هذه الضيعة بقدر ماتبلغ هذه الحصاة إذا رميتها بكذا وكذا. وكلاهما غير صحيح، لأنه غرر، ولا يجوز بيع حبل الحبلة، لما روى ابن عمر قال: نهى النبي ﷺ عن بيع حبل الحبلة. متفق عليه. قال أبو عبيد: هو بيع مايلد حمل الناقة.

وقيل: هو بيع السلعة بثمن إلى أن يلد حمل الناقة، وكلاهما لا يجوز، لأنه على التفسير الأول بيع معدوم مجهول، وعلى الثاني بيع بثمن إلى أجل مجهول. ولا يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل كمجيء المطر، وقدوم زيد، وطلوع الشمس، لأنه غرر، ولأنه عقد معاوضة، فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل، كالنكاح.

فصل

ولا يجوز بيع العنب والعصير لمن يتخذه خمراً ، ولا السلاح لأهل الحرب ، أو لمن يقاتل به في الفتنة، ولا الأقداح لمن يشرب فيها الخمر ، لأنه معونة على المعصية ، فلم يجز ، كإيجاره داره لبيع الخمر . ولا يجوز بيع العبد المسلم لكافر ، لأنه يمنع من استدامة ملكه عليه ، فلم يصح عقده عليه ، كالنكاح فإن أسلم في يده ، أو في يد موروثه ، ثم انتقل إليه بالإرث ؛ أجبر على إزالة ملكه عنه ، لأن في تركه في ملكه صغاراً ، فإن باعه ، أو وهبه لمسلم أو أعتقه، جاز . وإن كاتبه ، ففيه وجهان . أحدهما : يجوز ، لأنه يصير كالخارج عن ملكه في التصرفات ، والثاني : لا يجوز ، لأنه لا يزيل الملك ، فلم يقبل ، كالتزويج . وإن ابتاع الكافر المسلم ، يعتق عليه بالشراء ، ففيه روايتان. إحداهما : لا يصح ، لأنه عقد يملك به المسلم . والثانية : يجوز لأن ملكه يزول حال ثبوته ، فلا يحصل به صغار ، وإن حصل ، فقد حصل له من الكمال بالحرية ، فوق ما لحقه برق لحظة . وإن قال الكافر لمسلم : اعتق عبدك عني، وعلي ثمنه ، ففيه وجهان ، بناء على ما ذكرناه ، لأنه بقدر بيعه للكافر ، وتوكيل البائع في عتقه .

فصل

ولا يجوز أن يفرق في البيع ، بين ذي رحم محرم قبل البلوغ ، لما روى أبو أيوب عن النبي ﷺ أنه قال : « من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» حديث حسن . وعن علي رضي الله عنه قال : وهب لي رسول الله ﷺ غلامين أخوين ، فبعت أحدهما ، فقال رسول الله ﷺ: « ما فعل غلامك » ؟ فأخبرته ، فقال : « رده رده » رواه الترمذي . وقال حديث حسن . فإن فرق بينهما ؛ فالبيع باطل ،رضيت الأم ذلك أم كرهته، نص عليه ، لأن فيه إسقاطاً لحق الولد . وهل يجوز التفريق بينهما بعد البلوغ؟ فيه روايتان . إحداهما : لايجوز لعموم الخبر . والثانية : يجوز لأن سلمة بن الأكوع أتى أبا بكر الصديق رضي الله بامرأة وابنتها في غزوة فنفله أبو بكر ابنتها، ثم استوهبها النبي ﷺ من سلمة فوهبها له . رواه مسلم . وهذا تفريق . ولأن النبي ﷺ أهديت له أختان مارية وسيرين ، فأمسك مارية ووهب أختها لحسان بن ثابت .

فصل

ولا يجوز أن يبيع عيناً لا يملكها ليمضي ويشتريها ويسلمها ، لما روى حكيم بن حزام أنه قال للنبي ﷺ : إن الرجل يأتيني يلتمس من البيع ما ليس

عندي ؛ فأمضي إلى السوق ، ثم أشتريه فأبيعه منه ، فقال النبي ﷺ « لا تبع ما ليس عندك » حديث صحيح . ولأنه بيع ما لا يقدر على تسليمه أشبه بيع الطير في الهواء ، فإن باع مال غيره بغير إذنه ، ففيه روايتان . إحداهما : لا يصح لذلك . والثانية يصح ، ويقف على إجازة المالك ، فإن أجازه جاز ، وإن أبطله بطل ، لما روى عروة بن الجعد البارقي أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به شاة ، فاشترى به شاتين ، ثم باع إحداهما بدينار في الطريق ، قال : فأتيت النبي ﷺ بالدينار وبالشاة ، فأخبرته ، فقال : « بارك الله لك في صفقة يمينك » رواه الإمام أحمد والأثرم . ولأنه عقد له مجيز حال وقوعه ، فوقف على إجازته كالوصية . وإن اشترى بعين مال غيره شيئاً بغير إذنه ، فهو كبيعه ، فإن اشترى له شيئاً بغير إذنه بثمن في ذمته ، ثم نقد ثمنه من مال الغير ؛ صح الشراء لأنه تصرف في ذمته لا في مال غيره ، ويقف على إجازة المشترى له ، لأنه قصد الشراء له ، فإن أجازه ؛ لزمه وإن لم يجزه ، لزم من اشتراه ، لأنه لا يلزمه ما لم يأذن فيه ، والبيع صحيح ، ويلزم المشتري ، فإن باع مال غيره ، وهو حاضر ، فلم ينكر ذلك ، فهو كبيعه في غيبته ، فإن السكوت ليس بإذن ، فانه محتمل كغير الإذن ، فلا يتعين كونه إذناً والله أعلم .

بابُ بَيع النَجش وَالتلقي وَبَيع الحاضر لباد وَبيعه عَلى بَيع غَيره

وهي بيوع محرمة ، لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لا تلقوا الركبان ، ولا يبع بعضكم على بيع بعض ، ولا تناجشوا ، ولا يبع حاضر لباد » متفق عليه . ومعنى النجش: أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها ليغتر به المشتري ، ويقتدي به فهو حرام ، لأنه خداع ، والشراء صحيح . وعنه : أنه باطل ، لأن النهي يقتضي الفساد ، والأولى أصح ، لأن النهي عاد إلى غير العاقد ، فلم يؤثر فيه ، وللمشتري الخيار إن غبن غبناً يخرج عن العادة، سواء كان بمواطأة البائع ، أو لم يكن ، لأنه غبن للتغرير بالعاقد ، فأثبت الخيار ، كتلقي الركبان ، ولو قال البائع : أعطيتُ بهذه السلعة كذا كاذباً ، فاشتراها المشتري لذلك ، فالبيع صحيح ، وله الخيار ، لما ذكرناه .

فصل

وتلقي الركبان : أن يخرج الرجل من المصر يتلقى الجلب قبل دخوله ، فيشتريه ، فيحرم للخبر ، ولأنه يخدعهم ويغبنهم ، فأشبه النجش ، والشراء صحيح . وعنه : أنه باطل للنهي ، والمذهب الأول ، لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لا تلقوا الجلب ، فمن تلقاه ، فاشترى منه ، فإذا أتى

السوق ، فهو بالخيار » رواه مسلم . والخيار لا يكون إلا في عقد صحيح ، ولأن النهي لضرب من الخديعة ، أمكن استدراكها بالخيار، فأشبه بيع المصراة وللبائع الخيار إن غبن غبناً يخرج عن العادة ، فإن لم يغبن ، فلا خيار له . ويحتمل أن له الخيار للخبر ، والأول المذهب ، لأنه إنما يثبت لدفع الضرر عن عن البائع ، ولا ضرر مع عدم الغبن ، والحديث يحمل على هذا ، وجعل النبي ﷺ له الخيار إذا هبط السوق يفهم منه الإشارة إلى معرفته بالغبن، فإن خرج لحاجة غير قصد التلقي ، فقال القاضي : لا يجوز له الشراء لوجود معنى النهي ويحتمل الجواز ، لعدم دخوله في الخبر . والبيع للركبان كالشراء منهم ، لأن النهي عن تلقيهم لدفع الغبن ، والشراء والبيع فيه واحد .

فصل

وبيع الحاضر للبادي : هو أن يخرج الحاضر إلى جلاب السلع ، فيقول أنا أبيع لك ، فهو حرام للخبر ، ولأنه فيه تضييق على المسلمين ، إذ لو ترك الجالب يبيع متاعه باعه برخص ، فإذا تولاه الحاضر لم يبعه برخص ، وقد أشار النبي ﷺ إلى ذلك بقوله : « لا يبع حاضر لباد ، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » وعنه : لا بأس به ، وحمل الخبر على أنه اختص بأول الإسلام ، لما كان عليهم من الضيق ، والمذهب الأول للخبر والمعنى . قال أصحابنا : إنما يحرم بشروط خمسة، أحدها أن يكون الحاضر قد قصد البادي ،

ليتولى ذلك . الثاني : أن يكون البادي جاهلاً بالسعر ، لأنه إذا كان عالماً به ، فهو كالحاضر .

والثالث : أن يكون جلب السلعة ليبيعها ، فإن جلبها ليدخرها ، فلا ضرر على الناس في بيع الحاضر له ، ذكر الخرقي هذه الثلاثة .

وذكر القاضي شرطين آخرين : أن يقصد بيعها بسعر يومها ، ويتضرر الناس بتأخير بيعه ، فإذا اجتمعت هذه الشروط ، فالبيع باطـل للنهي عنه . وعنه : أنه صحيح ، لأن النهي عنه لمعنى في غيره ، فأما شراء الحاضر للبادي فصحيح ، لأنه لا يضيق على الناس فيه ، فإذا شرع ما يدفع به الضر عن أهل المصر لا يلزم شرع ما يتضرر به أهل البدو ، فإن الخلق في نظر الشارع على السواء .

فصل

وأما البيع على بيع أخيه ، فهو أن يقول لمن اشترى شيئاً في مدة الخيار ، أنا أبيعك مثله بدون هذا الثمن ، أو أجود منه بهذا الثمن ، فيفسخ العقد ، ويشتري سلعته، فيحرم للخبر، ولأن فيه إفساداً وشبهاً بالنجش. وإن فسخ البيع، فاشترى سلعته، فالشراء باطل للنهي عنه، وشراؤه على شراء أخيه ، كبيعه على بيعه ويحتمل أن البيع صحيح ، لأن النهي لمعنى في غير العقد .

فصل

فأما سومه على سوم أخيه ، فننظر فيه، فإن كان البائع أنعم للمشتري بثمن معلوم ، حرم على غيره سومه ، لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : « لا يسوم الرجل على سوم أخيه » رواه مسلم . وإن لم ينعم له ، جاز سومها ، لما روى أنس أن رجلاً شكى إلى النبي ﷺ الشدة والجهد ، فقال له : « ما بقي لك شيء » قال : بلى قدح وجلس ، فأتاه بهما، فقال : «من يبتاعهما»؟ ، فقال رجل : أنا أبتاعها بدرهم ، فقال النبي ﷺ : « من يزيد على درهم » فأعطاه رجل درهمين ، فباعها منه . قال الترمذي : هذا حديث حسن . ولأن فاطمة بنت قيس ذكرت للنبي ﷺ أن معاوية وأبا جهم خطباها ، فأمرها أن تنكح أسامة . متفق عليه . فإن ظهرت منه أمارات الرضى من غير تصريح به ، فقال القاضي : لا تحرم المساومة ، لخبر فاطمة ، ويحتمل أن تحرم ، لعموم النهي ، وليس في خبر فاطمة أمارة على الرضى .

فصل

فأما بيع العينة ، فهو أن يبيع سلعة بثمن مؤجل ، ثم يشتريها منه بأقل من الثمن حالاً ، فلا يجوز ، لما روى سعيد عن غندر عن شعبة عن أبي اسحق عن امرأته العالية بنت أنفع بن شرحبيل قالت : دخلت على عائشة أنا وأم ولد زيد بن أرقم ، فقالت أم ولد زيد : إني بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمئة

درهم إلى العطاء ، ثم اشتريته منه بستمئة درهم ، فقالت لها : بئس ما شريت وبئسما اشتريت. أبلغي زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب . ولا تقول مثل هذا إلا توقيفاً سمعته من النبي ﷺ ولأن ذلك ذريعة إلى الربا ، لأنه أدخل السلعة ، ليستبيح بيع ألف بخمسمائة والذرائع معتبرة . فإن اشتراها بسلعة ، جاز لأنه لا ربا بين الأثمان والعروض ، إن إشتراها بنقد غير الذي باعها به ، فقال أصحابنا : يجوز لأن التفاضل بينهما جائز ، ويحتمل التحريم ، لأن النَّساء بينهما محرم ، وإن اشتراها من غير المشتري أو اشتراها أبو البائع أو ابنه ، جاز . وإن نقصت السلعة صفتها ، جاز لبائعها شراؤها بأقل من الثمن ، لأنه نقص الثمن لنقصان السلعة. وإن نقصت لتغير السوق ، أو زادت ، لم يجز شراؤها بأقل لما ذكرناه .

فصل

فإن باعها بثمن حال نقده ، ثم اشتراها بأكثر منه نسيئة ، لم يجز ، نص عليه ، لأنها في معنى التي قبلها سواء .

فصل

وإن باع طعاماً إلى أجل بثمن ، فلما حل الأجل ، أخذ منه بالثمن طعاماً لم يجز ، لأنه ذريعة إلى بيع طعام بطعام نسيئة ، فهو في معنى ما تقدم. وكل شيئين

حرم النساء فيها، لم يجز أخذ أحدهما عن الآخر قبل قبض ثمنه ، وقياس قول أصحابنا في مسألة العينة ، أنه يجـوز هاهنا أخذ ما يجوز للتفاضل بينه وبين الطعـام المبيـع .

فصل

ومن اشترى مكيلاً أو موزوناً لم يجز له بيعه حتى يقبضه في ظاهر كلام أحمد ضي الله عنه والخرقي ، وما عداهما يجوز بيعه قبل قبضه ، لقول النبي ﷺ « من ابتاع طعاماً ، فلا يبعه حتى يستوفيه» . وقـال ابن عمر : رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة يضربون على عهد رسول الله ﷺ أن يبيعوه حتى يؤوه إلى رحالهم. متفق عليهما. وهذا لايخلو من كونه مكيلاً أوموزونا، والحديث يدل بصريحه على منع بيعه قبل قبضه ، وبمفهومه على حل بيع ماعداه. وعن أحمد : أن المنع من البيع قبل القبض ، يخص المطعوم ، لاختصاص الحديث به ، وما ليس بمطعوم من المكيلات والموزونات ، يجوز بيعه قبل القبض . وعنه : أن المنع يختص ما ليس بمتعين ، كقفيز من صبرة ، ورطل زيت من دن . وما بيع صبرة ، أو جزافاً ، جاز بيعه قبل قبضه ، وهو قول القاضي وأصحابه ، لأنه يتعلق به حق توفيته بخلاف غيره . وعنه : أن كل مبيـع لايجوز بيعه قبل قبضه . لما روي عن النبي ﷺ أنه نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار . رواه أبو داود . وقال ابن عباس : أحسب كل

شيء بمنزلة الطعام . ولأنه لم يتم ملكه عليه أشبه المكيل ، والمذهب الأول . وما بيع بصفة أو برؤية متقدمة ، فهو كالمكيل ، لأنه لا يتعلق به حق توفية ، فأشبه المكيل والموزون ، وما حرم بيعه قبل قبضه ، لم يجز بيعه لبائعه ، لعموم النهي ، ولا الشركة فيه ، لأنه بيع لبعضه ، ولا التولية ، لأنه بيع بمثل الثمن الأول . فأما الثمن في الذمة ، فيجوز ، بيعه لمن هو في ذمته . لما روى ابن عمر . قال : كنا نبيع الإبل بالبقيع بالدراهم فنأخذ بدل الدراهم الدنانير ، ونبيع بالدنانير فنأخذ بدلها الدراهم ، فسألنا النبي ﷺ عن ذلك ، فقال : « لا بأس إذا افترقتما وليس بينكما شيء » رواه أبو داود ، ولا يجوز بيعه لغير من هو في ذمته ، لأنه معجوز عن تسليمه ، فأشبه بيع المغصوب لغير غاصبه ، وما كان من الدين مستقر كالقرض ، فهو كالثمن ، وما كان غير مستقر كالمسلم فيه ، لم يجز بيعه بحال ، لا لصاحبه ولا لغيره ، لقوله عليه السلام: « من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره » رواه أبو داود .

فصل

وكل عقد ينفسخ بتلف عوضه قبل قبضه كالإجارة، والصلح، حكمه حكم البيع فيما ذكرناه ، وما لا ينفسخ كالخلع ، والعتق على مال والصلح عن دم العمد، جاز التصرف في عوضه قبل قبضه، طعاماً كان أو غيره ، وكذلك أرش الجناية، وقيمة المتلف ، والمملوك بإرث أو وصية أو غنيمة إذا تعين ملكه فيه ، لأنه

لا يتوهم غرر الفسخ بهلاك المعقود عليـه ، جاز بيعه كالوديعة ، والصداق كذلك . قاله القاضي . لأنه لا ينفسخ العقد بتلفه ، فهو كعوض الخلع . وقال الشريف وأبو الخطاب : هو كالمبيع، لأنه يخشى رجوعه ، بانفساخ النكاح بالردة فأشبه المبيع .

فصل

وقبض كل شيء بحسبه ، المكيل المبيع مكايلة قبضه كيله . لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله » رواه مسلم . وإن بيع جزافاً فقبضه، نقله . لما روى ابن عمر قال : كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه. رواه مسلم. وقبض الذهب والفضة والجوهر باليد، وسائر ماينقل قبضه نقله. وقبض الحيوان أخذه بزمامه، أو تمشيته من مكانه، وما لا ينقل قبضه التخلية بين مشتريه وبينه، لا حائل دونه ، لأن القبض مطلق في الشرع ، فيجب الرجوع فيه إلى العرف، كالإحياء والإحراز ، والعادة ما ذكرناه ، وعنه : أن القبض في جميع الأشياء بالتخلية . مع التميز ، لأنه قبض فيما لا ينقل فكان قبضاً في غيره .

فصل

وما يعتبر له القبض إذا تلف قبل قبضه • انفسخ العقد ، وهو من مال البائع ، لأنه تلف قبل تمام ملك المشتري عليه ، فأشبه ما تلف قبل تمام البيع . فإن أتلفه المشتري، استقر عليه الثمن ، لأنه تلف بتصرفه ، فاستقر الثمن عليه كما لو قبضه . وإن أتلفه أجنبي ، لم ينفسخ العقد ، لأن له بدلاً يرجع إليه ، فلم ينفسخ العقد ، كما لو تعيب . ويخير المشتري بين الفسخ والرجوع على البائع بالثمن ، لأنه تلف بغير فعل المشتري ، أشبه ما لو تلف بفعل الله ، وبين إتمام العقد والرجوع ببدله ، لأن الملك له ، فإن أتلفـــه البائع ، احتمل أن يبطل العقد ، لأنه يضمنه إذا تلف في يده بالثمن، فكذلك إذا أتلفه . وقال أصحابنا: الحكم فيه حكم ما لو أتلفه أجنبي ، وإن تعيب قبل قبضه ، فهو كما لو تعيب قبل بيعه ، لأنه من ضمان البائع .

فصل

وإذا باع شاة بشعير ، فأكلته قبل قبضه ولم يكن في يد بائعها ، انفسخ البيع ، لأن الثمن هلك قبل القبض بغير فعل آدمي ، فإن كانت يده عليها ، فهو كإتلافه له، وإن باعها مشتريها ثم هلك الشعير قبل قبضه ، انفسخ العقد الأول، ولم يبطل الثاني ، لأن ذلك كان قبل فسخ العقد ، وعلى بائعها الثاني قيمتها ، لأنه

تعذر عليه ردها ، وهكذا إن كان بدله شقصاً فأخذه الشفيع ' انفسخ البيع الأول ، وعلى المشتري قيمة الشقص ، ويأخذ من الشفيع قيمة الطعام ' لأنه الذي اشترى به الشقص .

فصل

وما لا يحتاج إلى قبض إذا تلف ، فهو من مال المشتري . لما روى حمزة ابن عبد الله عن ابن عمر عن أبيه . قال : مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعاً ، فهو من مال المشتري . ذكره البخاري . وهذا ينصرف إلى سنة النبي ﷺ إلا أن يمنعه البائع قبضه ، لأنه تلف تحت يد عادية ، أشبه مالو تلف تحت يد الغاصب ، وسواء حبسه على قبض الثمن أو غيره إلا أن يكون قد اشترط عليه الرهن في البيع .

باب تفريق الصفقة

إذا باع ما يجوز بيعه ، وما لا يجوز بيعه صفقة واحدة ، كعبد وحر ، وخل وخمر ، وعبده وعبد غيره ، أو داراً له ولغيره ففيه روايتان . إحداهما : تفرق الصفقة ، فتجوز فيما يجوز بيعه بقسطه من الثمن ، ويبطل فيما لا يجوز ، لأن كل واحد منهما ، له حكم منفرد ، فإذا اجتمعا ، بقيا في حكمهما ، كما لو باع

شقصاً وسيفاً ، والثانية : يبطل فيهما ، لأنه عقد واحد ، جمع حلالاً وحراماً فبطل ، كالجمع بين الأختين ، ويحتمل أن يصح فيما يجوز فيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء ، كدار له ولغيره ونحوها ، والقفيزين المتساويين ، لأن الثمن فيما يجوز بيعه معلوم ، ويبطل العقد فيما عدا هذا كالعبدين ، لأن ثمن ما يجوز بيعه مجهول ، ككون الثمن ينقسم عليهما بالقيمة ، وقسط الحلال فيهما مجهول لو صرح به ، فقال : بعتك هذا العبد بقسطه من الثمن لم يصح ، فكذا هاهنا . فإن قلنا يصح ، وعلم المشتري الحال ، فلا خيار له ، لأنه دخل على بصيرة ولا خيار للبائع بحال ، وإن لم يعلم المشتري الحال ، فله الخيار ، لأن عليه ضرراً في تفريق الصفقة ، وإن اشترى معلوماً ومجهولاً بطل العقد فيهما ، لأن ما يخص المعلوم من الثمن مجهول . ولو باع قفيزين من الحلال بثمن واحد ، فتلف أحدهما قبل قبضه ، لم ينفسخ العقد في الباقي منهما ، سواء كانا من جنس واحد أو جنسين ، لأن حدوث الجهل بثمن الباقي منهما لا يوجب جهالة المبيع حال العقد . قال القاضي : ويثبت للمشتري خيار الفسخ ، لتفريق الصفقة عليه فأشبه ما قبلها .

فصل

فإن جمع بين عقدين مختلفي الحكم ، كبيع وإجارة ، أو صرف بعوض واحد ، صح فيهما ، لأن اختلاف حكم العقدين لا يمنع الصحة ، كما لو جمع بين مافيه شفعة ، وما لا شفعة فيه ، وفيه وجه آخر لا يصح ، لأن حكمهما مختلف ، وليس أحدهما أولى من الآخر فبطل فيهما ، فإن البيع فيه خيار . ولا يشترط التقابض فيه في المجلس ، ولا ينفسخ العقد بتلف المبيع والصرف ، ويشترط له التقابض ، وينفسخ العقد بتلف العين في الإجارة ، وإن جمع بين نكاح وبيع بعوض واحد ، فقال : زوجتك ابنتي ، وبعتك داري بألف ، صح في النكاح ، لأنه لا يفسد بفساد العوض ، وفي البيع وجهان . وإن جمع بين بيع وكتابة ، فقال لعبده : بعتك عبدي هذا ، وكاتبتك بمائة ، بطل البيع وجهاً واحداً ، لأنه باع عبده لعبده فلم يصح ، كبيعه إياه من غير كتابة ، وهل تبطل الكتابة يخرج على الروايتين في تفريق الصفقة .

فصل

ولو باع رجلان ، عبداً لهما بثمن واحد ، صح لأن حصة كل واحد منهما من الثمن معلومة . ولو كان لكل واحد منهما قفيز، أو كانا من جنس واحد فباعها صفقة واحدة ، صح لذلك . وإن كان المبيع مما لا ينقسم عليه الثمن ، مثل أن كان لكل واحد منهما عبداً، فباعهما صفقة واحدة، أو وكل رجلاً فباعهما أو وكل أحدهما الآخر فباعهما بثمن واحد ، لم يصح ، لأن كل واحد منهما مبيع بحصته من الثمن فلم يصح ، كما لو ضربه ، ويحتمل أن يصح بناء على تفريق الصفقة ، أو كما لو كاتب عبدين كتابة واحدة بعوض واحد.

باب الثنيا

إذا باع حائطاً واستثنى شجرة بعينها ، أو قطيعاً واستثنى شاة بعينها ، صح لأن النبي ﷺ نهى عن الثنيا ، إلا أن تعلم . قال الترمذي : هذا حديث صحيح . وهذه معلومة ، وإن استثنى شجرة أو شاة يختارها ، لم يصح . للخبر . وإن استثنى آصعاً معلومة ، أو باع نخلة ، واستثنى أرطالاً معلومة ، فعنه : أنه يصح ، للخبر . والمذهب أنه لا يصح ، لأن المبيع إنما علم بالمشاهدة ، والاستثناء يغير حكم المشاهدة ، فإنه لا يدري كم يبقى في حكم المشاهدة ، ولو باعه

الصبرة إلا قفيزاً ، لم يصح لذلك . فإن باعه قفيزاً من هذه الصبرة إلا مكّوكاً صح ، لأن القفيز معلوم ، والمكوك منه معلوم . وإن باعه داراً إلا ذراعاً ، وهما يعلمان ذرعها لها جاز ، وكان مشاعاً منها ، وإلا لم يجز ، كما لو باعه ذراعاً منها ، وإن باعه سمسماً إلا كسبته ، أو قطناً إلا حبه ، أو شاة إلا شحمها ، أو فخذها ، لم يصح ، لأنه مجهول فيدخل في الخبر . وإن استثنى حملها ، فعنه يصح ، لأن ابن عمر أعتق جارية ، واستثنى ما في بطنها. وعنه: لا يصح ، وهو أصح . للخبر . فإن باع جارية حاملاً بحرّ ، وقلنا : يصح استثناء الحمل ، صح هاهنا ، وإن قلنا: لا يصح ثم، ففيه وجهان . أحدهما : لا يصح ، لأنه استثناؤه في الحقيقة ، والثاني : يصح ، لأنه قد يقع مستثنى بالشرع ما لا يصح استثناؤه بالشرط ، بدليل بيع الأمة المزوجة . وإن باع حيواناً مأكولاً واستثنى رأسه وجلده وسواقطه ، صح . نص عليه ، لأنها أشياء معلومة وقد روي أن النبي ﷺ حين هاجر إلى المدينة ، مرّ براع فذهب أبو بكر وعامر بن فهيرة ، فاشتريا شاة ، وشرطا له سلبها . فإن امتنع المشتري من ذبحها ، لم يجبر وعليه قيمة ذلك . لما روي عن علي رضي الله عنه : أنه قضى في رجل اشترى ناقة ، وشرط ثنياها ، فقال: اذهبوا معه إلى السوق ، فإن بلغت أقصى ثمنها ، فأعطوه حساب ثنياها من ثمنها . وعن الشعبي قال : قضى زيد بن ثابت ، وأصحاب رسول الله ﷺ في بقرة باعها رجل ، واشترط رأسها بالشروى . يعني أن يعطيه رأساً مثل رأس .

فصل

ومن باع شيئاً ، واستثنى منفعته مدة معلومة ، كجمل اشترط ركوبه إلى موضع معين ، ودارا استثنى سكناها شهراً ، وعبداً استثنى خدمته سنة ، صح . لما روى جابر : أنه باع النبي ﷺ جملاً واشترط ظهره الى المدينة . متفق عليه . ولأنها ثنيا معلومة ، فتدخل في خبر أبي هريرة ، فإن عرض المشتري على البائع عرضها ، لم يلزمه قبوله ، لأن حقه تعلق بعينها ، فأشبه ما لو استأجرها ، وإن أراد البائع إجارتها تلك المدة، فقال ابن عقيل: يصح في قياس المذهب ، لأنه استحق نفعها فملك إجارتها كالمستأجر . وإن أتلف المشتري العين ، فعليه قيمة المنفعة ، لتفويته حق غيره . وإن تلف بغير تفريط ، فكلام أحمد رضي الله عنه يقتضي ذلك بعمومه ، ويحتمل أن لا يضمن ، لأن البائع لم يملك المنفعة من جهة المشتري ، فلم يلزمه عوضها له ، كما لو تلفت النخلة المبيعة مؤبرة بثمرتها والحائط الذي استثني منه شجرة ، ويحمل كلام أحمد على من فرط . وإن باع المشتري العين ، صح وتكون المنفعة مستثناة في يد المشتري ، فإن لم يعلم به ، فله الخيار ، لأنه عيب ، فهو كالتزويج في الأمة ، ومن باع أمة واستثنى وطأها ، لم يصح ، لأنه لا يحل إلا في تزويج ، أو في ملك يمين ، ومن استثنى مدة غير معلومة لم يصح ، للخبر .

باب الشروط في البيع

وهي على أربعة أضرب . أحدها : ما هو من مقتضى البيع ، كالتسليم والرد بالعيب فهذا لا أثر له ، لأنه بيان وتأكيد لمقتضى العقد .

الثاني : ما هو من مصلحته ، كالخيار والأجل والرهن والضمين ، فهذا شرط صحيح لازم ، ورد الشرع به نذكره في مواضعه .

الثالث : شرط ينافي مقتضى العقد وهو نوعان أحدهما : ما لم يبن على التغليب والسراية ، كشرط أن لا يملك ، ولا يتصرف ، ولا يسلم ولا يعتق ، وإن أعتق ، فالولاء له ، ومتى نفق المبيع ، وإلا رده ، أو إن خسر فيه ، فعلى البائع فهذا شرط باطل ، لقول النبي ﷺ لعائشة لما أرادت شراء بريرة ، فاشترط أهلها ولاؤها « اشتريها فأعتقيها ، فإنما الولاء لمن أعتق ثم قال : من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله ، فهو باطل ، وإن كان مائة شرط » متفق عليه . وهل يفسد البيع ؟ فيه روايتان . إحداهما : لا يفسد ، لحديث بريرة والثانية : يفسد ، لأنه إذا فسد الشرط ، وجب رد ما في مقابلته من الثمن ، وذلك مجهول ، فيصير الثمن مجهولاً .

النوع الثاني : أن يشتريه بشرط أن يعتقه ففيه روايتان . إحداهما :

الشرط فاسد ، لأنه ينافي مقتضى البيع ، فأشبه ما قبله . والثانية : يصح ، لأن عائشة اشترت بريرة لتعتقها ، فأجازه النبي ﷺ ، فعلى هذا إن امتنع المشتري من العتق أجبر عليه في أحد الوجهين ، لأنه عتق مستحق عليه ، فأجبر عليه ، كما لو نذر عتقه . والثاني : لا يجبر ، لأن الشرط لا يوجب فعل المشروط ، كما لو شرط رهناً أو ضميناً لم يجبر ، ولكن يثبت للبائع خيار الفسخ ، كمشترط الرهن ، فإن مات العبد ، رجع البائع على المشتري بما نقصه شرط العتق ، وإن كان المبيع أمة فأحبلها ، أعتقها وأجزأه لأن الرق باق فيها .

الرابع : مالا ينافي مقتضى العقد ، ولا هو من مصلحته ، وهو نوعان . أحدهما : أن يشترط عقداً آخر ، مثل أن يبيعه بشرط أن يبيعه عيناً أخرى أو يؤجره أو يسلفه ، أو يشتري منه ، أو يستسلف ، فهذا شرط فاسد يفسد العقد به ، لأن النبي ﷺ قال « لا يحل بيع وسلف ، ولا شرطان في بيع » قال الترمذي : هذا حديث صحيح . ونهى عن بيعتين في بيعة وهذا منه . الثاني : أن يشترط المشتري منفعة البائع في المبيع ، فيصح إذا كانت معلومة ، مثل أن يشتري ثوباً ، ويشترط على بائعه خياطته قميصاً ، أو فلعة ويشترط حذوها نعلاً ، أو حطباً ويشترط حمله ، لأن محمد بن مسلمة[1] اشترى من نبطي جرزة حطب ، واشترط عليه حملها ، واشتهر ذلك ولم ينكر ، ولأنه بيع ، وإجارة ، فصح ، كما لو باعه عبده ، وأجره داره في عقد واحد . وقال الخرقي : إن شرط مشتري

الرطبة جزها على بائعها ؛ بطل العقد ، فيحتمل أن يخص قوله بهذه الصورة وشبهها لإفضائه إلى التنازع ، فإن البائع يريد قطعها من أعلاها ، لتبقى منها بقية ، والمشتري يريد الاستقصاء عليها ، ويحتمل أن يعدى حكمها إلى كل عقد شرط فيه ، لأنه شرط عقداً في عقد ، فأشبه ما قبله . وقال القاضي : لم أجد بما قال الخرقي رواية في المذهب ، والمذهب جوازه . فإن شرط شرطين ، مثل أن شرط خياطة الثوب وقصارته ، وفي الحطب حمله وتكسيره،أو اشترط منفعة البائع، واشترط البائع منفعة المبيع مدة معلومة فسد العقد ، لقول النبي ﷺ « لا شرطان في بيع » وإن شرط منفعة معلومة ؛ لم يصح لإفضائه إلى التنازع .

فصل

فإن شرط في البيع ، إن باعه ، فهو أحق به بالثمن ، ففيه روايتان . إحداهما : لا يصح ، ، لأنه شرطان في بيع ، لأنه شرط أن يبيعه ، وأن يعطيه إياه بالثمن ، لأنه شرط ينافي مقتضى العقد ، لأنه شرط أن لا يبيعه لغيره . والثانية : يصح ، لأنه يروى عن ابن مسعود أنه اشترى أمة بهذا الشرط . وإن قلنا بفساده ، فهل يفسد البيع ؟ فيه وجهان .

فصل

وكل موضع فسد العقد لم يحصل به ملك وإن قبض ، لأنه مقبوض بعقد فاسد ، فأشبه مالو كان الثمن ميتة ، ولا ينفذ تصرف المشتري فيه ،وعليه رده بنمائه المنفصل والمتصل ، وأجرة مثله مدة مقامه في يده ، ويضمنه إن تلف أو نقص بما يضمن به المغصوب ، لأنه ملك غيره حصل في يده بغير إذن الشرع ، أشبه المغصوب ، ولا حد عليه إن وطىء للشبهة ، وعليه مهر مثلها ، وأرش بكارتها إن كانت بكراً ، والولد حر ، لأنه من وطىء شبهة ، ويلحق نسبه به لذلك ، ولاتصير الجارية أم ولد ، لأنها ولدت في غير ملك . وإن حكمنا بفساد الشرط وحده ، فقال القاضي : يرجع المشتري بما نقص ، لأنه إنما سمح به ، لأجل الشرط ، فإذا لم يحصل رجع بما سمح به .

فصل

ولا يجوز البيع بعد النداء للجمعة قبل الصلاة لمن تجب عليه الجمعة ، لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع) الجمعة : ٩ . فإن باع ، لم يصح ، للنهي ويجوز ذلك لمن لا تجب عليه الجمعة ، لأن الخطاب بالسعي لم يتناوله ، فكذلك النهي ، والنداء للذي تعلق به السعي والنهي هو الثاني الذي يكون عند صعود الإمام

المنبر ، لأنه الذي كان على عهد رسول الله ﷺ فتعلق الحكم به ، وإنما زاد الأول عثمان رضي الله عنه . وفي النكاح والإجارة وجهان . أحدهما : حكمها حكم البيع ، لأنهما عقدا معاوضة . والثاني: يصحان ، لأنهما غير منصوص عليهما ولأنهما في معنى المنصوص عليه ، لأنهما لا يكثران ، ولا تؤدي إباحتهما إلى ترك الجمعة بخلاف البيع .

فصل

ولا يحل التسعير ، لما روى أنس قال : غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا : يارسول الله قد غلا السعر ، فسعر لنا ، فقال « إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق إني لأرجو أن ألقى الله ، وليس أحد يطلبني بمظلمة » قال الترمذي : هذا حديث صحيح . ولأنه ظلم للبائع بإجباره على البيع سلعته بغير حق ، او منعه من بيعها بما يتفق عليه المتعاقدان ، وهو من أسباب الغلاء ، لأنه يقطع الجلب ، ويمنع الناس من البيع فيرتفع السعر .

فصل

والاحتكار محرم ، لما روى سعيد بن المسيب ، عن معمر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال « من احتكر فهو خاطىء » رواه مسلم وأبو داود .

والاحتكار المحرم : ما جمع أربعة أصناف ، أن يشتري قوتاً يضيق به على الناس في بلد فيه ضيق ، فأما الجالب فليس بمحتكر ، لقول رسول الله ﷺ « الجالب مرزوق ، والمحتكر ملعون » ولأنه لا ضرر على النـــاس في جلبه . ومن استغل من أرضه شيئا فهو كالجالب . ولا يمنع من احتكار الزيت، وما ليس بقوت ، لأن سعيد بن المسيب راوي الحديث كان يحتكر الزيت . ومن اشترى في حال الرخص على وجه لا يضيق على أحد ، فليس بمحتكر ، لأنه لا ضرر فيه ، بل ربما كان نفعا .

فصل

وبيع التلجئة : وهو أن يخاف الرجل ظالماً يأخذ ماله ، فيواطىء رجلاً يظهر بيعه إياه ، ليحتمي بذلك ، ولا يريدان بيعاً حقيقياً ، لأنهما مـاقصداه فهو كبيـع المكره .

باب الخيار في البيع

وهو على ضربين . أحدهما : خيار المجلس ، فلكل واحد من المتبايعين الخيار في فسخ البيع ما لم يتفرقا بأبدانهما ، لقول النبي ﷺ « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » متفق عليه . والتفرق : أن يمشي أحدهما عن صاحبه بحيث إذا كلمه الكلام المعتاد في المجلس لا يسمعه ، لأن ابن عمر كان إذا باع رجلاً ، فأراد أن لا يقيله مشى هنيئة ، ثم رجع ، وهو راوي الحديث ، وأعلم بمعناه ، ولأن الشرع ورد بالتفرق مطلقاً ، فوجب أن يحمل على التفرق المعهود ، وهو يحصل بما ذكرناه . فإن لم يتفرقا بل بني بينهما حاجز ، أو أرخي بينهما سترة أو نحوه أو ناما أو قاما عن مجلسهما ، فمشيا معاً ؛ فهما على خيارهما ، لأنهما لم يتفرقا . وإن فر أحدهما من صاحبه ، بطل خيارهما ، لأن ابن عمر كان يفارق صاحبه بغير أمره ، ولأن الرضى في الفرقة غير معتبر ، كما لا يعتبر الرضى في الفسخ ، وإن أكرها على التفرق ، ففيه وجهان . أحدهما : يبطل الخيار ، لأنه لا يعتبر الرضى من أحد الجانبين ، فكذلك منهما . والثاني : لا يبطل ، لأنه معنى يلزم به البيع فلا يلزم به مع الإكراه كالتخاير ، فعلى هذا يكون الخيار لهما في المجلس الذي زال عنهما الإكراه فيه حتى يتفارقا ، فإن أكره أحدهما ، بطل خيار الآخر ، كما لو هرب منه ، وللمكره الخيار في أحد الوجهين .

فصل

فإن تبايعا على أن لا خيار بينهما ، أو قالا : اخترنا إمضاء العقد ، أو أجزنا العقد، ففيه روايتان . إحداهما : هما على خيارهما ، لعموم الخبر . والثانية : لا خيار لهما ، لما روي أن النبي ﷺ قال : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، أو يخير أحدهما صاحبه ، فإن خير أحدهما صاحبه ، فتبايعا على ذلك ، فقد وجب البيع » وفي لفظ « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن يكون البيع كان على خيار ، فإن كان البيع على خيار وجب البيع » متفق عليه . وفي لفظ « أو يقول أحدهما لصاحبه اختر » رواه البخاري . وهذه زيادة يجب قبولها ، فإن قال أحدهما لصاحبه : اختر فسكت ، فخيار الساكت بحاله ، لأنه لم يوجد منه ما يبطله ، وفي خيار القائل وجهان . أحدهما : يبطل للخبر ، ولأنه جعل الخيار لغيره ، فلم يبق له شيء . والثاني : لا يبطل كما لو قال لزوجته : اختاري فسكتت لم يبطل خياره في الطلاق .

فصل

ويثبت خيار المجلس في كل بيع للخبر ، ولأنه شرع للنظر في الحظ ، وهذا يوجد في كل بيع . وعنه : لا يثبت في الصرف والسلم ، وما يشترط فيه القبض في المجلس ، لأنه لا يثبت فيه خيار الشرط .

فصل

الضرب الثاني : خيار الشرط ، نحو أن يشترط الخيار في البيع مدة معلومة ، فيجوز بالإجماع ، ويثبت ما يتفقان عليه من المدة المعلومة ، وإن زادت على ثلاث ، لأنه حق يعتمد الشرط ، فجاز ذلك فيه ، كالأجل ، ويجوز شرطه لأحدهما دون صاحبه ، ولأحدهما أكثر من صاحبه ، لأنه ثبت بشرطهما فكان على حسبه . ولو اشترى شيئين صفقة واحدة ، وشرط الخيار في أحدهما صح بعينه ، وإن شرطه في غير معين منهما ، أو لأحد المتبايعين غير معين ، لم يصح لأنه مجهول ، فأشبه بيع أحد العبدين . وإن شرط الخيار لأجنبي ، صح ، وكان مشترطاً لنفسه موكلاً لغيره ، لأنه أمكن تصحيحه على هذا الوجه ، فتعين . ولمشترط الخيار الفسخ بغير رضى الأجنبي ، وللأجنبي الفسخ إلا أن يعزله المشترط ، ولو شرط الخيار للعبد المبيع ، صح لأنه كالأجنبي . وقال القاضي : إن جعل الاجنبي وكيلاً فيه ، صح . وإن أطلق الخيار لفلان ، أو قال : هو لفلان دوني ، لم يصح ، لأن الخيار جعل لتحصيل الحظ للمتعاقدين بنظرهما ، فلا يكون لمن لا حظ له . وإن كان المعاقد وكيلاً ، فشرط الخيار للمالك ، صح ، لأن الحظ له . وإن جعله للأجنبي لم يصح ، لأنه ليس له توكيل غيره ، وإن شرطه لنفسه ، صح لأن له النظر في تحصيل الحظ . وإن قال : بعتك على أن أستأمر فلاناً في مدة معلومة ، صح ، وله الفسخ قبل استئماره ،

لأن ذلك كناية عن الخيار ، وإن لم يجعل له مدة معلومة ، فهو كالخيار المجهول .

فصل

وإذا شرط الخيار إلى طلوع الشمس أو غروبها ، أو إلى الغد ، أو إلى الليل ؛ صح ، لأنه وقت معلوم ، ولا يدخل الغد ، ولا الليل في مدة الخيار ، لأن إلى للغاية ، وموضوعها لفراغ الشيء وانتهائه . وإن شرطاه ثلاثاً ، أو ساعات معلومة فابتدأ مدته من حين العقد ، لأنها مدة ملحقة بالعقد ، فكان بدؤها منه ، ولأن جعله من حين التفرق يفضي إلى جهالته ، لأنه لا يدري متى يفترقان ، ويحتمل أن يكون بدء مدته من حين التفرق ، لأن الخيار ثابت في المجلس حكماً فلا حاجة إلى إثباته بالشرط ، فعلى هذا إن جعلا بدأه من العقد ، صح ، لأن بدايته ونهايته معلومان ، ويحتمل أن لا يصح ، لأن ثبوت الخيار بالمجلس ، يمنع ثبوته بغيره ، وعلى الوجه الأول لو جعلا بدأه من التفرق ، لم يصح لجهالته .

فصل

فإن شرطا خياراً مجهولاً ، لم يصح ، لأنها مدة ملحقة بالعقد ، فلم يصح مجهوله كالتأجيل ، وهل يفسد العقد به ؟ على روايتين . وعنه : أنه يصح مجهولاً

لقوله عليه السلام « المؤمنون عند شروطهم » رواه الترمذي ، وقال : حديث حسن صحيح . فعلى هذا إن كان الخيار مطلقاً مثل أن يقول : لك الخيار متى شئت ، أو إلى الأبد ، فهما على خيارهما أبداً أو يقطعاه ، وإن قال : إلى أن يقدم زيد ، أو ينزل المطر ثبت الخيار إلى زمن اشتراطه ، أو يقطعاه قبله . وإن شرطاه إلى الحصاد أو الجذاذ ، ففيه روايتان . إحداهما : هو مجهول ، لأن زمن ذلك يختلف ، فيكون كقدوم زيد . والثانية : يصح لأن مدة الحصاد تتقارب في العادة في البلد الواحد ، فعفي عن الاختلاف فيه . وإن شرطه إلى العطاء يريد وقت العطاء ، صح لانه معلوم ، وان أراد نفس العطاء فهو مجهول ، لانه يتقدم ويتأخر ، وان شرط الخيار شهراً يوماً يثبت ويوماً لا ففيه وجهان . أحدهما : يثبت في اليوم الأول ، لأنه معلوم يلي العقد ، ويبطل فيما بعده ، لانه إذا لزم لم يعد الى الجواز ، ويحتمل أن يبطل الشرط كله ، لانه شرط واحد ، فإذا فسد في البعض فسد في الكل .

فصل

ولمن له الخيار الفسخ من غير حضور صاحبه ولا رضاه ، لأنه عقد جعل إلى اختياره ، فجاز مع غيبة صاحبه وسخطه ، كالطلاق . ومتى انقضت مدته قبل الفسخ ، لزم العقد على كل حال ، لأنها مدة ملحقة بالعقد ، فبطلت

بانتهائها كالاجل ، ويبطل الخيار بالتخاير ، كما يبطل خيار المجلس بـــه ، ولو ألحقا بالعقد خياراً بعد لزومه لم يلحقه ، لانه عقد لازم ، فــلم يصر جائزاً بقولهما ، كالنكاح ، وإن فعلا ذلك في مدة الخيار ، جاز ، لانه جائز فجاز إبقاؤه على جوازه .

فصل

وينتقل الملك الى المشتري في بيع الخيار بنفس العقد ، وعنه : لا ينتقل الا بعد انقضائه ، لانه عقــد قاصر لا يفيد التصرف ، فلم ينقل الملك ، كالهبة قبل القبض ، والاول ظاهر المذهب ، لان البيع سبب لنقل الملك ، فنقل عقيبه كالمطلق ، ولأنه تمليك ، فأشبه المطلق . وليس منع التصرف لقصور السبب ، بل لتعلق حق البائع بالمبيــع ، ومـا يحصل من غلة المبيــع في مدة الخيار ، أو نمائه المنفصل ؛ فهو للمشتري سواء فسخا العقد أو أمضياه ، لأنه نماء ملكه الداخل في ضمانه ، فيدخـــل في قوله عليه السلام « الخراج بالضمان » وعلى الرواية الأخرى هو للبائع ، والحكم في ضمانه كالحكم في ضمان المبيــع المطلق .

فصل

وليس لواحد من المتبايعين التصرف في المبيع في مدة الخيار ، لأنه ليس بملك للبائع ، فيتصرف فيه ، ولا انقطعت عنه علاقته ، فيتصرف فيه المشتري ،

فإن تصرفا بغير العتق ؛ لم ينفذ تصرفها لذلك . وعنه في تصرف المشتري :أنه موقوف ، إن فسخ البائع ، بطل ، وإن لم يفسخ ، صح لعدم المبطل له ، ذكرها ابن أبي موسى . وإن كان الخيار للمشتري وحده ، صح لذلك ، وإن أعتق المشتري العبد ، عتق ، لأنه عتق من مالك تام الملك ، جائز التصرف ، فنفذ كما بعد المدة، فإن قلنا: الملك للبائع ، نفذ عتقه ، ولا ينفذ عتق من لا ملك له ، لأنه عتق من غير مالك ، فأشبه الأجنبي . وفي الوقف وجهان . أحدهما : هو كالعتق ، لأنه تصرف يبطل الشفعة ، والصحيح : أن لا ينفذ ، لأنه لا يبنى على التغليب، ولا يسري إلى ملك الغير ، أشبه البيع .

فصل

فإن وطىء المشتري الجارية، فلا حد عليه ولا مهر ،فإن ولدت منه، فالولد حر ، ولا تلزمه قيمته، وتصير أم ولد، لأنه وطىء مملوكته. وإن وطىء البائع فعليه المهر لأنه ووطىء في غير ملك. وإن علم التحريم ،فولده رقيق ،لأنه لا يلحقه نسبه كما بعد المدة. وإن جهل التحريم ، فلا حد عليه ، وولده أحرار ، وعليه قيمتهم يوم الولادة، لأنه يعتقد أنه يحبلها في ملكه ، فأشبه المغرور من أمة ، ولا تصير أم ولد بحال . قال بعض أصحابنا : وعليه الحد إن علم التحريم ، وأن البيع لا ينفسخ به ، وذكر أن أحمد نص عليه ، لأن وطأه لم يصادف ملكاً ، ولا شبهة ملك .

والصحيح أنه لا حد عليه ، لأن أهل العلم اختلفوا في ملكه لها ، وحل وطئها ، وهذه شبهة يدرأ الحد بها ، ولأن ملكه يحصل بوطئه ، فيحصل تمام ملكه في وطئه ، فلا يجب الحد به . وإن قلنا بالرواية الأخرى انعكست هذه الأحـــكام .

فصل

وطء البائع فسخ للبيع ، لأنه دليل على الاسترجاع ، فأشبه من أسلم على أكثر من أربع ، فوطىء إحداهن كان اختياراً لها . ووطء المشتري رضى بالمبيع ، وإبطال لخياره لذلك ، وسائر التصرفـــات المختصه بالملك ، كالعتق والكتابة والبيع والوقف والهبة والمباشرة ، واللمس لشهـــوة ، وركوب الدابة لسفر أو حاجة ، والحمل عليها ، وشرب لبنها ، وسكنى الدار ، وحصاد الزرع ونحوه إن وجد من المشتري ، بطل خياره ، لأنه يبطل بالتصريح بالرضى فبطل بدلالته كخيار المعتقة ، يبطل بتمكينها زوجها من وطئها . وإن تصرف البائع بذلك ، ففيه وجهان . أحدهما : هو فسخ للبيع لذلك والآخر لا يكون فسخاً ، لأن الملك انتقل عنه ، فلم يكن تصرفه استرجاعاً ، كمن وجد ماله عند مفلس ، فتصرف فيه . وقال أبو الخطاب: هل يكون تصرف البائع فسخاً للبيع ، وتصرف المشتري رضي بالبيع ، وفسخاً لخياره ؟ على وجهين . وأما

ركوب المشتري الدابة لينظر سيرها ، وطحنه على الرحى ليختبرها ، فلا يبطل الخيار ، لأن الاختيار هو المقصود بالخيار . وإن استخدم العبد ليختبره ، لم يبطل خياره لذلك ، وإن استخدمه لغير ذلك ، ففيه روايتان . إحداهما : يبطل خياره ، لأنه تصرف منه ، أشبه الركوب . والثانية : لا يبطل ، لأنه لا يختص الملك ، أشبه النظر . وإن قبلت الجارية المشتري لشهوة ' لم يبطل خياره ، لأنها قبلة لأحد المتبايعين ، فلم يبطل خياره ، كقبلتها للبائع ، ولأنا لو أبطلنا خياره بهذا أبطلناه من غير رضاه بالمبيع ، ولا دلالة عليه . ويحتمل أن يبطل خياره إذا لم يمنعها ، لان إقراره عليه رضى به.

فصل

وإن أعتق المشتري الجارية ، أو استولدها ، أو أتلفت المبيع ، أو تلف في يده ، لم يبطل خيار البائع ، لأنه لم يوجد منه رضى بإبطاله . وله أن يفسخ ويرجع ببدل المبيع ، وهو مثله إن كان مثلياً وإلا قيمته يوم أتلفه . وعنه : أن خياره يبطل بذلك ، اختارها الخرقي ، لأنه خيار فسخ ، فبطل بتلف المبيع ، كخيار الرد بالعيب .

فصل

وإن مات أحد المتبايعين بطل خياره ، ولم يثبت لورثته ، لأنه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه ، فلم يورث،كخيار الرجوع في الهبة .ويتخرج أن يورث قياساً على الأجل في الثمن . وإن جن أو أغمي عليه ، قام وليه مقامه ، لأنه قد تعذر منه الاختيار مع بقاء ملكه . وإن خرص ولم تفهم إشارته ، فهو كالمجنون وإن فهمت إشارته ، قام مقام لفظه . وإن مات في خيار المجلس، بطل خياره ، وفي خيار صاحبه وجهان . أحدهما : يبطل، لأن الموت أعظم التفرق. والثاني : لا يبطل ، لأن الفرقة بالأبدان لم تحصل .

باب الرِّبـا

الربا محرم ، لقول الله تعالى (وحرم الربا) البقرة : ٢٧٥ .وما بعدها من الآيات ، وروي عن النبي ﷺ أنه قال : « لعن الله آكل الربا ، ومؤكله وشاهديه وكاتبه » متفق عليه . وهو على ضربين : ربا الفضل ، وربا النسيئة والأعيان على الربا فيها ستة مذكورة في حديث عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ أنه قال : « الذهب بالذهب مثلاً بمثل ، والفضة بالفضة مثلاً بمثل ، والتمر بالتمر

مثلاً بمثل ، والبر بالبر مثلاً بمثل ، والشعير بالشعير مثلاً بمثل ، والملح بالملح مثلاً بمثل ، من زاد أو ازداد ، فقد أربى ، بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد ، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يداً بيد ، وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يداً بيد ، » رواه مسلم . واختلفت الرواية في علة الربا ثلاث روايات. فأشهرهن : أن علته في الذهب والفضة الوزن والجنس ، وفي غيرهما الكيل والجنس ، لما روي عن عمار أنه قال : العبد خير من العبدين ، والثوب خير من الثوبين ، فما كان يداً بيد فلا بأس به ، إنما الربا في النساء إلا ما كيل أو وزن . ولأنه لو كانت العلة الطعم لجرى الربا في الماء ، لأنه مطعوم ، قال الله تعالى :(ومن لم يطعمه فإنه مني)البقرة:٢٤٩. فعلى هذا يحرم التفاضل في كل مكيل، أو موزون من جنس ، سواء كان مطعوماً كالقطفيات ، أو غير مطعوم كالأشنان والحديد . ويجري الربا فيما كان جنسه مكيلاً أو موزونا ، وإن تعذر الكيل فيه أو الوزن ، إما لقلته ، كالتمرة والقبضة ، وإما دون الأرزه من الذهب والفضة ، وإما لعظمه كالزبرة العظيمة ، وإما للعادة كلحم الطير ، لأنه من جنس فيه الربا ، فجرى فيه الربا كالزبرة العظيمة . وما نسج من القطن والكتان لا ربا فيه ، نص عليه ، لحديث عمار . وما عمل من الحديد ونحوه إن كان يقصد وزنه جرى فيه الربا ، لأنه تقصد زنته ، فجرى فيه الربا كلحم الطير ، وما لا تقصد زنته لا يجري فيه الربا كالثياب . والرواية الثانية : العلة في الذهب

والفضة : الثمينه غالباً ، وفيما عداهما كونه مطعوم جنس ، لما روى معمر بن عبد الله أن النبي ﷺ : نهى عن بيع الطعام إلا مثلا بمثل . رواه مسلم . ولأنه لو كان الوزن علة لم يجز إسلام النقد في المو زونات ، لان اجتماع المالين في أحد وصفي علة ربا الفضل يمنع النساء بدليل إسلام المكيل في المكيل، فعلى هذه الرواية يحرم التفاضل في كل مطعوم بيع بجنسه من الاقوات ، والادام والفوا كه والأدوية والأدهان المطيبة وغيرهــا . وإن لم يكن مكيلاً ولا موزوناً ، كالبطيخ والرمان والبيض ونحوها . والرواية الثالثـة : العلة كونه مطعوم جنس مكيلاً أو موزوناً ، لأن النبي ﷺ : نهى عن بيع الطعام إلا مثلاً بمثل . والمماثلة المعتبرة هي المماثلة في الكيل والوزن ، فدل على أنه لا يحرم إلا في مطعوم يكال أو يوزن ، ولا يحرم فيما لا يطعم كالاشنان والحديد ، ولا فيما لا يكال كالبطيخ والرمان .

فصل

وما يجري فيه الربا اعتبرت المماثلة فيه في المكيل كيلاً ، وفي الموزون وزناً ، لقول النبي ﷺ « الذهب بالذهب وزناً بوزن ، والفضة بالفضة وزناً بوزن ، والبر بالبر كيلاً بكيل ، والشعير بالشعير كيلاً بكيل » رواه الأثرم. ولا يجوز بيع مكيل بجنسه وزناً ، ولا موزوناً كيلاً للخبر ، ولأنه لا يلزم

من تساويهما في أحد المعيارين التساوي في الآخر ، لتفاوتهما في الثقل والخفة ، ولا يجوز بيع بعضه ببعض جزافاً من الطرفين ، ولا من أحدهما ، لما روى جابر قال : نهى رسول الله ﷺ عن بيع الصبرة لا يعلم مكيلها بالكيل المسمى من التمر . رواه مسلم . ولأن المماثلة لا تعلم بدون الكيل من الطرفين، فوجب ذلك . وما لا يكال ولا يوزن يعتبر التماثل فيه بالوزن ، لأنه أحصر ، ومنه ما لا يتأتى كيله.

فصل

والمرجع في الكيل والوزن إلى عادة أهل الحجاز ، لقول النبي ﷺ : « المكيال مكيال أهل المدينة ، والميزان ميزان أهل مكة » وما لا عرف له بالحجاز يعتبر بأشبه الأشياء به بالحجاز في أحد الوجهين ، لأن الحوادث ترد إلى أقرب الأشياء شبهاً بها وهو القياس . والثاني ترد إلى عرفه في موضعه، لأن ما لا حد له في الشرع يرد إلى العرف ، كالقبض والحرز.

فصل

والجيد والرديء ، والتبر والمضروب ، والصحيح والمكسر سواء في جواز البيع متماثلاً وتحريمه متفاضلا ، للخبر وفي بعض ألفاظه « الذهب بالذهب تبرها وعينها ، والفضة بالفضة ، تبرها وعينها » رواه أبو داود . وفي لفظ « جيدها ورديئها سواء ».

فصل

ولا يحرم التفاضل إلا في الجنس الواحد ، للخبر والإجماع ، وكل شيئين اتفقا في الإسم الخاص من أصل الخلقة ، فهما جنس ، كأنواع التمر ؛ وأنواع البر . وإن اختلفا في الاسم من أصل الخلقة ، فهما جنسان ، كالستة المذكورة في الخبر ، لأن النبي ﷺ حرم الزيادة فيها إذا بيع منها شيء بما يوافقه في الاسم ، وأباحها إذا بيع بما يخالفه في الاسم ، فدل على أن ما اتفقا في الاسم جنس ، وما اختلفا فيه جنسان . وعنه : أن البر والشعير جنس ، لأن معمر ابن عبد الله قال لغلامه فيها لا تأخذن إلا مثلاً بمثل ، فإن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام إلا مثلا بمثل . رواه مسلم ، والمذهب الأول ، لأن النبي ﷺ قال في الأعيان الستة « إذا اختلفت هذه الأوصاف الستة فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد » رواه مسلم . وقال : « لا بأس ببيع البر بالشعير ، والشعير أكثرهما » رواه أبو داود . وحديث معمر لا بد فيه من إضمار الجنس الواحد .

فصل

والمتخذ من أموال الربا معتبر بأصله ، فما أصله جنس واحد ، فهو جنس واحد ، وان إختلفت أسماؤه . وما أصله أجناس ، فهو أجناس ، وإن اتفقت أسماؤه ، فدقيق الحنطة والشعير جنسان ، ودهن اللوز والجوز جنسان،

وزيت الزيتون والبطم جنسان ، وكذلك خل العنب وخل التمر . وعنه : أنهما جنس ، والأول أصح ، لأنهما فرعا أصلين مختلفين ، فكانا جنسين كالأدقة . وفي اللحم ثلاث روايات . إحداهن : أنه كله جنس واحد ، لأنه اشترك في الاسم الواحد حال حدوث الربا فيه ، فكان جنساً واحداً ، كالتمر والثانية : أنه أربعة أجناس ، لحم الأنعام ، ولحم الوحش ، ولحم الطير ، ولحم دواب الماء ، لأنها تختلف منفعتها ، والقصد إلى أكلها ، فكانت أجناساً . والثالثة : أنها أجناس ، لانها فروع أجناس ، فكانت أجناساً ، كالتمر الهندي والبرني ، وبهذا ينتقض دليل الرواية الاولى ، والثانية لا أصل لها ، فعلى هذه الرواية لحم بهيمة الانعام كلها ثلاثة أجناس ، ولحم بقر الوحش والأهلية جنسان ، وكل ما انفرد باسم وصفة فهو جنس . وقال ابن أبي موسى : لا خلاف عن أحمد أن لحم الطير والسمك جنسان ، وفي الالبان من القول نحو مما في اللحم ، لانها من الحيوانات يتفق اسمها فأشبهت.

فصل

واللحم والشحم والكبد والطحال والرئة والكلية والقلب والكرش أجناس ، لانها مختلفة في الاسم والخلقة . قال بعض أصحابنا : الشحم والألية جنسان لذلك ، وقالوا : اللحم الأبيض والأحمر الذي على الظهر والجنبين جنس ، لاتفاقهما في الدسم والقصد ، ويحتمل أن يكون الشحم الذي يذوب

بالنار كله جنساً واحداً لاتفاقهما في اللون والصفة والذوب بالنار . وقد قال الله تعالى (ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما إلا مـــا حملت ظهورها) الأنعام : ١٤٦ . فاستثناه من الشحم .

فصل

ولا يجوز بيع ما فيه ربا بعضه ببعض ، ومعهما أو مع أحدهما ، من غير جنسه ، كمد ودرهم بمد ودرهم ، أو بمدين أو درهمين . وعنه : ما يـــدل على الجواز إذا كان مع كل واحد منهما من غير جنسه ، أو كان المفرد أكثر ليكون الزائد في مقابلة غير الجنس، والأول المذهب، لما روى فضالة بن عبيدقال: أتي رسول الله ﷺ بقلادة فيها ذهب وخرز ابتاعها بتسعه دنانير ، فقـال النبي ﷺ « لا حتى تميز بينهما » رواه أبو داود . ولأن الصفقـة إذا جمعت شيئين مختلفي القيمة ، انقسم الثمن عليهما بقدر قيمتهما بدليل ما لو اشـــترى شقصاً وسيفاً ، فإن الشفيع يأخذ الشقص بقسطه من الثمن . وإذا قسم الثمن على القيمة أدى إلى الربا ، لأنه إذا باع مداً ، قيمته درهمان ودرهماً بمدين ، قيمتهما ثلاثة ، حصل في مقابلة الجيد مد وثلث . فأما إذا باع نوعين مختلفي القيمـة من جنس بنوع واحد من ذلك الجنس ، كدرهم صحيح ، ودرهم قراضـة بصحيحين ، فقال القاضي : الحكم فيها كالتي قبلها لذلك ، وقال أبو بـكر : يجوز ، لقول

النبي ﷺ « الفضة بالفضة مثلاً بمثل » ولأن الجودة ساقطة فيما قوبل بجنسه لما تقدم . وعن أحمد : منع ذلك في النقد وتجويزه في غيره ، لأنه لا يمكن التحرز من اختلاط النوعين .

فصل

ولا يجوز بيع خالصه بمشوبه ، كحنطة فيها شعير ، أو زوان بخالصة ، أو غير خالصة ، أو لبن مشوب بخالص أو مشوب ، أو عسل في شمعه بمثله إلا أن يكون الخلط يسيراً لا وقع له ، كيسير التراب والزوان ، ودقيق التراب الذي لا يظهر في الكيل ، فإنه لا يخل بالتماثل ، ولا يمكن التحرز منه .

فصل

وما اشتمل على جنسين بأصل الخلقة ، كالتمر فيه النوى ، فلا بأس ببيع بعضه ببعض ، لأن النبي ﷺ أباح بيع التمر بالتمر ، وقد علم أن في كل واحد نوى . ولو نزع النوى ، ثم ترك مع التمر صار كمسألة مد عجوة لزوال التبعية ، ولو نزع من أحدهما نواة ، ثم باعه بتمر فيه نواة فكذلك . وإن باع النوى بمثله ، والمنزوع بمثله ، جاز لأنه جنس متماثل . وإن باع المنزوع وحده بالنوى ، جاز فيه التفاضل ، لأنهما جنسان . وإن باع النوى بتمر فيه

نواه ، ففيه روايتان . إحداهما : لا يجوز ، لأنه في مسألة مد عجوة . والثانية : يجوز ، لأن ما فيه الربا غير مقصود في أحد الجانبين ، فلم يمنع كبيع دار مموه سقفها بذهب ، وكذلك يخرج في بيع شاة لبون بلبن ، أو ذات صوف بصوف ، أو لبون بمثلها ، فإن كانت محلوبة اللبن ، جاز وجهاً واحداً ، لأن الباقي لا أثر له ، فهو كالتمويه في السقف . ويجوز بيع شاة ذات صوف بمثلها وجهاً واحداً ، لأن ذلك لو حرم لحرم بيع الغنم بالغنم . قال أبو بكر : يجوز بيع نخلة مثمرة بمثلها وبتمر ، لأن التمر عليها غير مقصود ، ومنعه القاضي لكون الثمرة معلومة ، يجوز إفرادها بالبيع بخلاف اللبن ، ومنع القاضي بيع اللحم بجنسه إلا منزوع العظام ، لأن العظم من غير جنس اللحم ، فأشبه الشمع في العسل ويحتمل الجواز ، لأن العظم من أصل الخلقة ، فأشبه النوى في التمر بخلاف الشمع .

فصل

وما فيه خلط غير مقصود لمصلحته ، كالماء في خل التمر والزبيب ، ودبس التمر والملح في الخبز . والشيرج في الخبيص ونحوه لا يمنع بيعه بمثله ، لأنه لمصلحته ، فأشبه رطوبة الرطب . ولا يجوز بيعه بخالص كخل الزبيب بخل العنب والخبز الرطب باليابس كما لا يجوز بيع الرطب بالتمر .

ولا يجوز بيع نيئه بمطبوخه ، لأن النـــار تذهب برطوبته ، وتعقد أجزاءه ، فتمنع تساويهما . ويجوز بيع مطبوخه بمثله إذا لم يظهر عمل النار في أحدهما أكثر من الآخر ، لتساويهما في الحـال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان في ثاني الحال ، كالخبز بالخبز ، والشواء والسكر والعسل المصفى بالنـار بمثله .

فصل

ولا يجوز بيع حبه بدقيقه ، وعنه: الجواز إذا تساويا وزناً ، لأن الدقيق أجزاء الحب ، فجاز بيعه به ، كما قبل الطحن ، والمذهب الأول ، لأن البر ودقيقه مكيلان ولا بيع ما أصله الكيل بشيء من جنسه وزناً ، ولا يمكن التساوي في الكيل ، لان الطحن فرق أجزاء الدقيق ونشرها ، ويجوز بيع كل واحد من الدقيق والسويق بمثله إذا تساويا في الكيل والنعومة ، لما ذكرنا في المطبوخ بمثله ، ولا يجور إذا تفاوتا في النعومة ، لانه يمنع تساويهما في الكيل إلا على قولنا : يجوز بيع الحب بدقيقه وزناً .

ولا يجوز بيع أصله بغيره كالزيتون بزيته ، والسمسم بالشيرج، والعنب بعصيره ، لانه لا يتحقق التماثل بين العصير ، وما في أصله منه . ويجوز بيع العصير بالعصير لما ذكرنا في المطبوخ . ولا يجوز بيع اللحم بحيوان من جنسه ، لما روى سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ نهى عن بيع اللحم بالحيوان . رواه مالك في « الموطأ » ولانه جنس فيه الربا بيع بأصله الذى فيه منه ، فلم يجز كالزيتون بالزيت . وإن باع اللحم بحيوان لا يؤكل ، جاز لعدم ما ذكرنا ، وإن باعه بحيوان مأكول غير أصله ، وقلنا : هما جنس واحد لم يجز وإلا جاز .

فصل

ويجوز بيع اللبن باللبن ، حليبين كانا أو رائباً وحليباً ، لان الرائب لبن خالص ، إنما فيه حموضة . ولا يجوز بيع لبن بما استخرج منه من زبد وسمن ومخيض ، ولا زبد بسمن ، لانه مستخرج منه ، أشبه الزيتون بالزيت . وعنه : يجوز بيع الزبد باللبن إذا كان أكثر من الزبد الذي في اللبن ، والسمن مثله ، وهكذا مسألة مد عجوة ، والظاهر تحريمه . ولا يجوز بيع لبن مائع بجامد ، لانهما يتفاضلان

ويجوز بيع السمن والزبد والمخيض واللباء والجبن، والمصل بمثله، إذا تساويا في الرطوبة والنشافة، ولم ينفرد أحدهما بمس النار له. ويجوز بيع السمن بالمخيض متفاضلاً، لأنه ليس في أحدهما شيء من الآخر. وبيع الزبد بالمخيض. نص عليه. لأن اللبن في الزبد يسير غير مقصود، أشبه الملح في الشيرج. ولا يجوز بيع شيء من هذه الأنواع بنوع لم ينزع زبده، كالجبن والمصل، لما ذكرنا في بيعه باللبن.

فصل

ولا يجوز بيع رطبه بيابسه، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الرطب بالتمر. متفق عليه. وعن سعد بن أبي وقاص أن النبي ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال: «أينقص الرطب إذا يبس، قالوا: نعم، فنهاه عن ذلك» رواه أبو داود. فنهى وعلل بأنه ينقص عن يابسه، فدل على أن كل رطب يحرم بيعه بيابسه. ويجوز بيع رطبه برطبه، لأن مفهوم نهيه عن بيع الرطب بالتمر، إباحة بيعه بمثله، ولأنهما تساويا في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان، فجاز بيعه به، كاللبن باللبن، وذكر الخرقي. أن اللحم لا يباع باللحم إلا إذا تناهى جفافه فدل على أن كل رطب لا يجوز بيعه بمثله، اختارها أبو حفص لأنهما لم يتساويا حال الكمال. والمذهب الجواز. وقال القاضي: لم أجد بما قال الخرقي رواية عن أحمد.(١)

فصل

ويجوز بيع العرايا ، وهو : بيع الرطب على رؤوس النخل خرصا بالتمر على وجه الأرض . لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ رخص في العرية خمسة أوسق فما دون خمسة أوسق • متفق عليه . وإنما يجوز بشروط خمسة .

أحدها : أن يكون دون خمسة أوسق . وعنه يجوز في الخمسة ، لأن الرخصة ثبتت في العرية ، ثم نهى عما زاد على الخمسة ، وشك الراوي في الخمسة، فردت إلى أصل الرخصة . والمذهب الأول ، لأن الأصل تحريم بيع الرطب بالتمر فيما دون الخمسة ، بالخبر ، والخمسة مشكوك فيها ، فترد إلى الأصل .

الثاني : أن يكون مشتريها محتاجا إلى أكلها رطبا . لما روى محمود بن لبيد قال : قلت لزيد بن ثابت ما عرايا كم هـذه ؟ فسمى رجالا محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله أن الرطب يأتي ، ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه ، وعندهم فضول من التمر ، فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر يأكلونها رطباً . متفق عليه . والرخصة الثانية لحاجة لا تثبت مع عدمها فإن تركها حتى تتمر بطل البيع لعدم الحاجة .

الثالث : أن لا يكون له نقد يشتري به للخبر .

الرابع : أن يشتريها بخرصها للخبر ، ولأن رسول الله ﷺ رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلا . متفق عليه • ولا بد أن يكون التمر معلوماً

بالكيل للخبر ، وفي معنى الخرص روايتان . إحداهما : أن ينظر كم يجيء منها تمراً ، فيبيعها بمثله ، لأنه يخرص في الزكاة كذلك . والثانية : يبيعها بمثل مافيها من الرطب ، لأن الأصل اعتبار المماثلة في الحال بالكيل،فإذا خولف الدليل في أحدهما ، وأمكن أن لايخالف في الآخر ، وجب . ولا يجوز بيعها برطب ولا تمر على نخل خرصاً .

الخامس : أن يتقابضا قبل تفرقهما ، لأنه بيع تمر بتمر ، فاعتبرت فيه أحكامه إلا ما استثناه الشرع ، والقبض فيما على النخل بالتخلية ، وفي التمر باكتياله ، فإن كان حاضراً في مجلس البيع اكتاله ، وإن كان غائباً مشيا إلى التمر ، فتسلم . وإن قبضه أولا ، ثم مشيا إلى النخلة ، فتسلمها ، جاز . واشترط الخرقي كون النخلة موهوبة لبائعها ، لان العرية اسم لذلك .

واشترط أبو بكر والقاضي حاجة البائع إلى بيعها ، وحديث زيد بن ثابت يرد ذلك مع أن اشتراطه يبطل الرخصة ، إذ لاتتفق الحاجتان مع سائر الشروط ، فتذهب الرخصة ، فعلى قولنا يجوز لرجلين شراء عريتين منواحد وعلى قولهما لا يجوز إلا أن ينقصا لمجموعهما عن خمسة أوسق ، ولا يجوز لواحد شراء عريتين فيهما جميعاً خمسة أوسق ، لانه في معنى شرائهما في عقد واحد .

فصل

قال ابن حامد : لا يجوز بيع العرايا في غير ثمرة النخل ، لما روي أن النبي ﷺ نهى عن المزابنة بيع الثمر بالتمر إلا أصحاب العرايا، فإنه قد أذن لهم ، وعن بيع العنب بالزبيب ، وعن كل ثمر بخرصه . وهذا حديث حسن ، ولان غير التمر لا يساويه في كثرة اقتياته ، وسهولة خرصه ، فلا يقاس عليه غيره . وقال القاضي : يجوز في جميع الثمار ، لأن حاجة الناس إلى رطبها كحاجتهم إلي الرطب . ويحتمل الجواز في التمر والعنب خاصة ، لتساويهما في وجــوب الزكاة فيهما ، وورود الشرع بخرصهما وكونهما مقتاتين دون غيرهما.

فصل

في ربا النسيئة كل مالين اتفقا في علة ربا الفضل ، كالمكيلين والموزونين. أو المطعومين على الرواية الأخرى ، لايجوز بيــع أحدهما بالآخر نساء ، ولا التفرق قبل القبض ، لقول النبي ﷺ « إذا اختلفت هــــذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد » وعن عمر بن الخطاب قال : قـــال رسول الله ﷺ « الذهب بالورق ربا ، إلا هاء وهاء ، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء ، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء » متفق عليه .

وما اختلفت علتها ، كالمكيل والموزون إذا لم يتفقا في الطعم ، جـاز

التفرق فيها قبل القبض رواية واحدة ، وفي النساء فيها روايتان . وما لم يوجد فيه علة ربا الفضل ، كالثياب والحيوان ، ففيه روايات أربع : إحداهن : تجوز النساء فيها ، لما روي عن عبد الله بن عمرو قال : أمرني النبي ﷺ أن أستسلف إبلا ، فكنت آخذ البعير بالبعيرين إلى مجيء إبل الصدقة . من « المسند » .

والثانية : لا يجوز ، لما روى سمرة قال : نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة . قال الترمذي : هذا حديث صحيح .

والثالثة : يحرم النساء في الجنس الواحد ، لهذا الخبر ، ويباح في الجنسين عملاً بمفهومه .

والرابعة : يباح مع التساوي ، ويحرم مع التفاضل في الجنس الواحد ، لما روى جابر أن النبي ﷺ قال « الحيوان بواحد لا يصلح نساء ، ولا بأس به يداً بيد » قال الترمذي : هذا حديث حسن . وعن عمر أن رجلاً قال : يارسول الله . أرأيت الرجل يبيع الفرس بالأفراس ،والنجيبة بالإبل ، فقال: لا بأس به إذا كان يداً بيد » رواه أحمد في « المسند » ولا خلاف في جواز الشراء بالأثمان نساء من سائر الأموال موزوناً كان أو غيره ، لأنها رؤوس الأموال ، فالحاجة داعية إلى الشراء بها نساء وناجزاً .

فصل

فإن تفرقا قبل القبض فيه ، بطل العقد ، وإن تفرقا قبل قبض بعضه ، بطل في غير المقبوض ، وفي المقبوض وجهان ، بناء على تفريق الصفقة. وما وجب التماثل فيه إذا بيع عيناً بعين ، فوجد في أحدهما عيباً من غير جنسه ، بطل المبيع ، لأنه يفوت التماثل المشترط ، وإن كان البيع في الذمة جاز إبداله قبل التفرق . وهل يجوز بعد التفرق ؟ فيه روايتان : إحداهما : يجوز إذا أخذ البدل في مجلس الرد ، لأن قبض بدله يقوم مقامه . والثانية : يبطل العقد برده ، لأنهما تفرقا قبل قبض العوض ، وإن كان عيبه لمعنى لا ينقص ذاته ، كالسواد في الفضة ، والخشونة فيها ، فالعقد صحيح ، وليس له أخذ الأرش ، لأنه يخل بالتماثل ، وله الخيار بين فسخ العقد ، أو الإمساك ، وليس له البدل إن كان البيع عيناً بعين . وإن كان البيع في الذمة ، فحكمه حكم القسم الذى قبله ، فأما ما لا يجب التماثل فيه فله أخذ أرشه ، لأن التفاضل فيه جائز ، وحكمه فيما سوى ذلك حكم ما قبله .

بَـابُ بَيْـعِ الأُصُول

من باع نخلاً مؤبراً فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع ، فتكون له ، وإن لم تؤبر ، فهي للمشتري إلا أن يشترطها البائع فتكون له ، لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال: « من باع نخلاً بعد أن يؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع » متفق عليه . فجعل المؤبرة للبائع ، فدل على أن غير المؤبرة للمبتاع ، ولأنها قبل التأبير نماء كامن لظهوره غاية ، فتبع الأصل قبل ظهوره ولم يتبعه بعده كالحمل ، وطلع الفحال كغيره ، ويحتمل أنه للبائع قبل تشققه لأنه يوجد كذلك والطلع ظاهر ، فهو كالتين . والصحيح : الأول للخبر ، لأن المقصود فيما داخل الطلع للتلقيح ، ولم يظهر ، فيتبع الأصل ، كطلع الإناث . فإن أبر بعض الحائط دون بعض ، فما أبر للبائع ، ومالم يؤبر للمشتري في ظاهر كلام أحمد وقول أبي بكر للخبر ، وقال ابن حامد : الكل للبائع ، لأن اشتراكهما في الثمرة يؤدي إلى الضرر ، واختلاف الأيدي ، فجعلنا ما لم يظهر تبعاً للظاهر ، كأساسات الحيطان تتبع الظاهر منها ، ولم يجعل الظاهر تبعاً للباطن ، كما لا تتبع الحيطان الأساس في منع البيع للجهالة . وإن كان المبيع حائطين ، لم يتبع أحدهما صاحبه ، لأنه يفضي إلى سوء المشاركة ، لانفراد أحدهما عن

الآخر . وإن أبر نوع من الحائط لم يتبع النوع الآخر في قول القاضي ، لأن النوعين يختلفان في التأبير . وقال أبو الخطاب ، يتبعه لئلا يفضي إلى سوء المشاركة في الجنس الواحد ، وإن أبر بعض ما في الحائط ، فأفرد بالبيع مالم يؤبر ، فهو للمشتري ، لانه لم يؤبر منه شيء ، وإن أبر بعض الحائط فباعه ثم أطلع الباقي في يد المشتري ، فالطلع له ، لانه حادث في ملكه ، فكان له ، كما لو لم يؤبر منه شيء .

فصل

وكل عقد ناقل للأصل ، كجعله صداقاً ، وعوض خلع ، أو أجرة أو هبة ، كالبيع فيما ذكرنا . لانه عقد يزيل الملك عن الأصل ، فأزاله عن الثمرة قبل الظهور كالبيع .

فصل

وسائر الشجر على ستة أضرب : احدها : ما يقصد زهره كالورد ، والقطن الذي يبقى أعواماً ، فهو كالنخل ، إن تفتحت أكمامه وتشقق جوزه ، فهو للبائع ، والا فهو للمشتري ، كالطلع سواء .

الضرب الثاني : ما له ثمرة بارزة كالعنب والتين ، فما كان منه ظاهراً فهو للبائع ، لانها ثمرة ظاهرة ، فهي كالطلع المؤبر ، وماظهر بعد العقد ، فهو للمشتري ، لانه حدث في ملكه .

الثالث : ماله قشر لا يزال إلا عند الاكل ، كالرمان والموز ، فهو للبائع ان كان ظهر ، لان قشره من مصلحته ، فهو كأجزاء الثمرة .

الرابع ، ماله قشران ، كالجوز واللوز ، فهو للبائع بنفس الظهور لان قشره لا يزايله في الغالب الا بعد الجذاذ ، فهو كالرمان . وقال بعض أصحابنا : ان تشقق قشره الأعلى ، فهو للبائع ، والا فهو للمشتري ، لأنه لايدخر في قشره الاعلى ، بخلاف الرمان .

الخامس : ما يظهر ثمره في نوره ، ثم يتناثر نوره فيظهر كالتفاح والمشمش ، فما تناثر نوره ، فهو للبائع ، وما لم يتناثر ، فهو للمشتري ، لأنه لا يظهر إلا بعد تناثر نوره ، فكان كتأبير النخل ، ويحتمل أنه للبائع بظهور نوره ، لأن استتار الثمرة بالنور ، كاستتار ثمرة النخل بعد التأبير بالقشر الأبيض .

السادس : ما يقصد ورقه كالتوت ، فيحتمل أنه للمشتري بكل حال قياساً على سائر الورق ، ويحتمل أنه إن تفتح فهو للبائع ، والا فهو للمشتري ، لأنه هاهنا كالثمر .

فصل

وإذا اشترى شجراً عليه ثمرة للبائع ، لم يكلف نقلها إلى أوان الجذاذ ، لأن نقل المبيع على حسب العادة ، ولهذا لو اشترى متاعاً ليلاً ، لم يكلف نقله

حتى يصبح ، ولو باع متاعاً كثيراً في دار ، لم يكلف تفريغها إلا على العادة ، ولم يلزمه جمع دواب البلد لنقله دفعة واحدة ، فإذا بلغ الجذاذ ، كلف نقله ، وإن كان بقاؤه أنفع له ، لأنه أمكن نقله عادة . وان أصاب الشجر عطش خيف هلاكه ببقائه عليه ، ففيه وجهان . أحدهما : لا يلزم قطعه ، لأنهما دخلا في العقد على ترك الثمرة إلى أوان الجذاذ ، والثاني : يلزم قطعه ، لأن المشتري رضي بذلك إذا لم يضربه ، وهذا فيه ضرر كثير . وإن أراد أحدهما سقي ما له لمصلحته ، فله ذلك ، وان أضر بصاحبه ، لأنه رضي بالضرر لعلمه أنه لا بد من السقي ، وإن سقي لغير مصلحته لم يمكن منه ، لأنه سفه .

فصل

وان باع أرضاً بحقوقها ، دخل ما فيها من غراس وبناء في البيع ، وإن لم يقل بحقوقها ، ففيه وجهان . أحدهما : يدخل أيضاً لأنه متصل بها للبقاء فهو كأجزائها . والثاني : لا يدخل ، لأن الأرض اسم للعرصة دون ما فيها . وإن قال : بعتك هذا البستان ، دخل الجميع في البيع ، لأن البستان اسم للأرض ذات الشجر ، وان باع الارض وفيها زرع ، لا يحصد إلا مرة ، كالحنطة والشعير والجزر والفجل ، لم يدخل في البيع ، لانه مودع في الأرض فلم يدخل في بيعها ، كالركاز ، ويكون الزرع مبقى إلى حين الحصاد ، كما أن الثمرة تبقى إلى حين الجذاذ ، فإن أراد البائع قطعه قبل وقته لينتفع بالارض ، لم يكن له

ذلك ، لان منفعة الأرض إنما حصلت مستثناة عن مقتضى العقد ، ضرورة ابقاء الزرع ، فتقدرت ببقائه ، كما لو باع داراً فيها متاع لا ينقل في العادة إلا في شهر ، فيكلف نقله في يوم ، لينتفع بها في بقيته . والحصاد على البائع ، وعليه إزالة ما يبقى من عروقه المضرة بالارض ، وتسوية حفره ، لانه حصل بفعله لاستصلاح نفسه ، فأشبه من باع داراً فيهـا حجر للبائع ، فقلعه فتحفرت الأرض ، وان اشترطها المشتري في البيع ، كانت له ، كالثمرة المؤبرة ، ولا تضر جهالته ، لأنه دخل في البيع تبعاً للأرض ، فأشبه الثمرة بعد تأبيرهـا . وإن لم يعلم المشتري بالبذر ، فله الخيار ، لانه عيب في حقه لما يفوت عليه من نفع الارض ، فإن قال البائع : أنا أحوله على وجه لا يضر وفعـل ، سقط الخيار ، لزوال العيب ، وإن اشترى نخلاً ذات طلع مؤبر لم يعلم تأبيره ، فلـه الخيار أيضاً . وإن بذل البائع قطعه ، لم يسقط الخيار ، لان الضرر لا يزول بقطعه ، لأنه يفوت عليها ثمرته عاماً .

فصل

وإن كان في الأرض ماله أصل يجز ، مرة بعد أخرى ، فالجزة الظاهرة عند البيع للبائع ، والأصول للمشتري ، سواء كان مما يبقى عاماً كالهندبا ، أو أكثر كالرطبة ، لأن أصوله تركت للبقاء ، فهي كالشجرة . وما ظهر منـه وجرت العـادة بأخذه ، فهو كالثمرة المؤبرة، وعلى البائع قطعه في الحال لأنه

لا حد له ينتهي إليه ، ولانه يطول والزيادة للمشتري ، وما تتكرر ثمرته مع بقاء أصله كالقثاء ، والباذنجان والبطيخ ، أو يقصد زهره كالبنفسج ونحوه فكذلك الأصول للمشتري ، وثمرته الظاهرة وزهره للبائع ، لانه تؤخذ ثمرته مع بقاء أصله ، فهو كالبقول .

فصل

وإن كان في الارض حجارة مدفونة ، أو ركاز لم يدخل في البيع ، لانه ليس من أجزائها ، إنما هو مودع فيها للنقل عنها ، فهو كالقماش . فإن كانت الأحجار من نفس الأرض ، أو أساسات الحيطان ، أو كان فيها معدن باطن ، كمعدن الذهب والفضة ، دخل في البيع ، لانه من أجزائها ، أو متروك للبقاء فيها ، فهو كالبناء .

فصل

وإن باعه داراً ، دخل فيها ما اتصل بها ، كالرفوف المسمرة ، والخوابي المدفونة فيها للانتفاع بها ، والحجر السفلاني من الرحا المنصوب ، والابواب المنصوبة وفي الحجر الفوقاني والمفتاح وجهان . أحدهما : يدخل ، لأنه من مصلحتها فأشبه المنصوب فيها ، فهو كالباب والثاني : لا يدخل ، لأنه ينفرد عنه ، فهو كالدلو ، وما هو منفصل عنها مما ليس لمصلحتها ، كالدلو

والحبل والبكرة والقفل لم يدخل في البيع ، لانه منفصل عنها غير مختص بمصلحتها ، وأشبه الفرش التي فيها ، وان باعه قرية لم تدخل مزارعها في البيع الا بذكرها ، لان القرية اسم للأبنية دون المزارع .

باب بيع الثمار

لا يجوز بيع الثمر والزرع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع . لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها . متفق عليه . وفي لفظ : نهى عن بيع الثمار حتى تزهو ، وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن من العاهة . رواه مسلم . ولأن في بيعه ضرراً من غير حاجة ، فلم يجز كما لو شرط التبقية، فإن باعها بشرط القطع، جاز ، لأنه يأخذها قبل تلفها ، فيأمن الغرر . وإن باعها لمالك الأصل ، ففيه وجهان . أحدهما : يصح لأنها تحصل لمالك الأصل فجاز ، كما لو باعها معاً . والثاني : لا يصح ، لأنه أفردها بالعقد، أشبه ما لو باعها لغيره ، وإنما يصح إذا باعها لأنها تدخل تبعاً كالحمل مع أمه . وإذا بدا الصلاح ، جاز بيعها بشرط القطع ، ومطلقاً ، وبشرط التبقية للخبر ، ولأنه أمن العاهة ، فجاز بيعه كسائر الأموال .

فصل

وبدو الصلاح في ثمرة النخل أن يحمر ، أو يصفر ، وفي العنب أن يسود أو يتموه ، وفي الحب أن يشتد أو يبيض ، وفي سائر الثمار أن يبدو فيه النضج ، أو يطيب أكله ، لما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الثمرة حتى تطيب . متفق عليه . ونهى عن بيع الثمرة حتى تزهو ، قيل : وما تزهو؟ قال : تحمار ، أو تصفار . ونهى عن بيع الحب حتى يشتد ، وعن بيع العنب حتى يسود . رواه الترمذي . وإذا بدا الصلاح في نوع ، جاز بيع ما في البستان ، وعنه : لا يباع إلا ما بدا صلاحه ، للخبر . والأول أظهر ، لأن ذلك يؤدي إلى الضرر والمشقة وسوء المشاركة ، وفي سائر الجنس وجهان . توجيههما في التأبير . ولا يختلف المذهب أن بدو الصلاح في بعض الشجرة صلاح لجميعها ، وأن بدو صلاح جنس ليس بصلاح لجنس آخر ، لأنه لا يفضي إلى سوء المشاركة ، فإن بدا صلاح ثمرة بستان ، لم يكن صلاحاً لثمرة غيره ، وعنه : يكون صلاحاً فيما قاربه ، لأنهما يتقاربان في الإدراك ، والمذهب الأول . لانه يفضي إلى سوء المشاركة وإن بدا الصلاح في ثمرة بستان ، فأفرد بالبيع ما لم يبد صلاحه ، لم يجز ، لأنه لم يبد صلاح شيء من المبيع ، أشبه البستان الآخر وفيه وجه آخر : أنه يجوز ، لأنه يجوز بيعه مع غيره ، فجاز منفرداً كالذي بدا صلاحه .

فصل

وإذا ابتاع ثمراً أو زرعاً بعد صلاحه ، لم يكلف قطعه قبل أوان الحصاد والجذاذ ، لأن ذلك العادة في نقله فحمل البيع عليه ، لما ذكرنا في الثمر المؤبر ، وإن احتاجت الى سقي لزم البائع سقيها ، لأن عليه تسليمها في أوان حصادها ولا يحصل إلا بالسقي فلزمه ، بخلاف ثمرة البائع ، وإن تلفت بجائحة من السماء ، رجع على البائع لما روى جابر أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح. وفي لفظ قال : «إن بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة ، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق ؟ » رواهما مسلم. ولأنها تؤخذ حالاً فحالاً فكانت من ضمان البائع ، كالمنافع في الإجارة والجائحة : مالا صنع لآدمي فيها . فإن أتلفها آدمي ، فللمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن ، وبين الإمساك ومطالبة المتلف بالقيمة ، وظاهر المذهب أنه لا فرق بين القليل والكثير ، إلا أن يكون التالف يسيراً جرت العادة بتلف مثله . قال أحمد : لا أقول في عشر تمرات ، ولا عشرين تمرة ، ولا أدري ما الثلث[1] وذلك لأن الشرع أمر بوضع الجوائح ، ولم يجعل حداً فوجب رده إلى مايتعارفه الناس . وعنه : أن مادون الثلث من ضمان المشتري ، لأن الثمرة لا بد من تلف شيء منها فلا بد من حد فاصل . والثلث يصلح ضابطاً ، لقول النبي ﷺ : «والثلث كثير » ، وإن بلغت الثمرة أو الزرع أوان الحصاد فلم ينقل حتى هلك ، فهو من ضمان المشتري ، لأنه لا يلزمه النقل أي لا يلزم البائع نقله

فكان التفريط منه أي المشتري فاختص الضمان به . وإن اختلفا في التلف أو في قدره ، فالقول قول البائع ، لأنه غارم ، ولأن الأصل السلامة . ولو اشترى الثمرة مع الشجرة ، أو الزرع مع الأرض ، زال الضمان عن البائع بمجرد العقد ، لأنه حصل التسليم الكامل لتسليم الأصل ، فأشبه بيع الدار .

فصل

وإذا اشترى ثمرة شجرة فحدثت ثمرة أخرى ، فاختلطا ولم يتميز ، أو حنطة فانثالت عليها أخرى ، لم يبطل البيع ، لان المبيع باق انضاف إليه غيره فأشبه ما لو اشتبه العبد المبيع بغيره ، ويشتركان كل واحد بقدر ماله إن علم قدره ، وإلا وقف حتى يصطلحا ، ويحتمل أن يبطل العقد لتعذر تسليم المستحق ، فأشبه تلف المبيع . ولو باع الأصل وعليه ثمرة له ، فحدثت للمشتري ثمرة اختلطت بها ، لم يبطل العقد ، لأن المبيع هو الشجر . ولم يختلط بغيره ، ويشتركان في الثمرة كما بينا . ولو باع ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع ، فتركها حتى بدا صلاحها ، أو جزة من الرطبة فطالت حيلة ، فالعقد باطل من أصله . نص عليه . لأن الحيل لا تجوز في الدين ، وإن لم تكن حيلة ، ففيه روايتان . إحداهما : يبطل العقد ، لأن البقية معنى حرم اشتراطه لحق الله تعالى ، فأبطل العقد حقيقة ، كالنسيئة في الربويات . والثانية : لا يبطل ، لأنها زيادة في عين المبيع فلم يبطل بها البيع ، كسمن العبد . قال القاضي : والزيادة

للمشتري لذلك . وعن أحمد : أنهما يشتركان في الزيادة على كلتا الروايتين ، لحصولها في ملك المشتري ، بسبب الأصل الذي للبائع . وعنه : يتصدقان بها ، قال القاضي : هذا على سبيل الاستحباب ، لاشتباه الأمر فيها فينظر ، كم قيمتها قبل بدو الصلاح وبعده ؟ فيشتركان فيها أو يتصدقان بها ، وإن جهلت القيمة ، وقف الأمر حتى يصطلحا .

فصل

وإذا كانت شجرة تحمل حملين ، فباع أحدهما عالماً أنه يحدث الآخر فيختلط بالأول ، فالبيع باطل ، لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه ، لأن العادة فيه الترك ، فيختلط بالآخر ويتعذر التسليم .

فصل

ولا يجوز بيع الرطبة ونحوها مما يثبت أصله في الأرض ، ويؤخذ ما يظهر منه بالقطع دفعة بعد أخرى ، إلا أن يبيع الظاهر بشرط القطع في الحال، لأن ما في الأرض مغيب ، وما يحدث منه معدوم ، فلم يجز بيعه ، كالذي يحدث من الثمرة . وإذا باع القثاء والباذنجان ونحوها لقطة جاز ، ويكون للمشتري جميع اللقطة ، وما حدث للبائع. قال القاضي : ويجوز بيع أصولها ، صغاراً كانت أو كباراً ، مثمرة أو غير مثمرة ، لأنه أصل تكرر منه الثمرة فأشبه

الشجر ، يكون حكمه حكم الشجر في أن ما كان من ثمر ظاهر عند البيع ، فهو للبائع ، وما لم يظهر ، فهو للمشتري . ولا يجوز بيع الفجل والجزر ونحوهما في الأرض ، لأن المقصود منها مغيب فأشبه بيع النوى في التمر .

باب بيع المصراة

لا يجوز بيع المصراة ، فإن باعها فالبيع صحيح ، فإن كانت من بهيمة الأنعام ولم يعلم المشتري ثم علم ، فهو مخير بين ردها وإمساكها ، لما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال : « لا تصروا الإبل والغنم ، فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ، إن شاء أمسك ، وإن شاء ردها وصاعا من تمر » متفق عليه . ولأن هذا تدليس بما يختلف الثمن به ، فأثبت الخيار كتسويدشعر الجارية . قال أبو الخطاب : متى علم التصرية ، فله الخيار ، لأنه علم سبب الرد فملكه ، كما لو علم العيب . وقال القاضي : لا يثبت له الخيار إلا عند انقضاء ثلاثة أيام ، لأن اللبن قد يختلف لاختلاف المكان ، وتغير العلف . فإذا مضت الثلاثة ، بانت التصرية ، ويثبت الخيار على الفور . وقال ابن أبي موسى : إذا علم التصرية ، فله الخيار إلى تمام ثلاثه أيام من حين البيع ، لما روى أبو هريرة : أن رسول الله ﷺ قال : « من اشترى مصراة : فهو فيها بالخيار ثلاثة

أيام ، إن شاء أمسكها ، وإن شاء ردها ورد معها صاعاً من تمر » .
رواه مسلم .

فصل

ويلزم مع ردها صاعاً من تمر بدلاً عن اللبن الموجود حال العقد ، للخبر . ويكون جيداً غير معيب ، لأنه واجب بإطلاق الشرع ،فأشبه الواجب في الفطرة ، وإن ردها قبل حلبها لم يلزمه شيء ، لأنه بدل اللبن ، ولم يأخذه ، وإن ردها بعد حلبها ، ولبنها موجود غير متغير ، ففيه وجهان . أحدهما : يرد ولا شيء عليه ، لأنه بحالة لا عيب فيه . والثاني : عليه صاع تمر ، ولا يلزم البائع قبول اللبن ، لأنه يسرع إليه التغير ، وكونه في الضرع أحفظ له ، فإن تغير اللبن فعليه الثمن ، ولا يلزم البائع قبول اللبن لتغيره ، وقال القاضي : يلزمه قبوله ، لأن القبض حصل فيه باستعلام المبيع . فإن لم يقدر الثمن ، فقيمته في الموضع الذي وقع عليه العقد ، لأنه بمنزلة عين أتلفها ، ولو رضي بالتصرية وأصاب عيناً سواها فله ردها ، لأن رضاه بعيب لا يمنع الرد بما سواه وعليه مع الرد صاع تمر ، لأنه عوض للبن التصرية ، فيكون عوضاً له مطلقاً. وإن اشترى شاة غير مصراة ، فحدث لها لبن فاحتلبه ، ثم ردها بعيب ، فلا شيء عليه ، لأن اللبن حدث في ملكه ، وإن كان فيها لبن يسير لا يخلو الضرع

من مثله ، فلا شيء فيه ، لأن مثل هذا لا عبرة به . وإن كان كثيراً فعليه مثله ، لأن الأصل ضمان اللبن بمثله ، فلا يبطل بمخالفته في لبن التصرية ، وإن كان باقيا انبنى على رد لبن التصرية ، لما ذكرنا ، فإن قلنا : لا يرده ، فبقاؤه كتلفه . وهل له رد المبيع ثم ؟ يخرج على الروايتين فيمن اشترى ثوباً فقطعه ، ثم علم عيبه .

فصل

فإن كانت المصراة أمة ، أو أتاناً ، ففيه وجهان : أحدهما : لا رد ، لأن لبنها لا عوض له ، ولا يقصد قصد لبن الأنعام ، والثاني : له الرد ، لأن الثمن يختلف بذلك ، لأن لبن الأمة يحسن ثديها ، ويرغب فيها ظئراً ، ولبن الأتان يراد لولدها ، فإن ردها فلا شيء عليه للبنها ، لانه لا قيمة له .

فصل

وكل تدليس بما يختلف به الثمن يثبت خيار الرد ، قياساً على التصرية ، كتجعيد شعر الجارية ، وتسويده وتحمير وجهها ، وجمع الماء على الرحى وقت عرضها على المشتري . فإن حصل ذلك بغير قصد ، كاجتماع اللبن في الضرع بغير تصرية ، واحمرار وجه الجارية لخجل ، أو تعب ، فهو كالتدليس ،

لأن الخيار ثبت لدفع الضرر عن المشتري ، فلم يختلف بالقصد وعدمه، كالعيب. وإن رضي المشتري بالمدلس ، فلا أرش له ، لان النبي ﷺ خير بين إمساك المصراة بغير شيء ، وردها مع التمر .

فصل

وإن دلس بما يختلف به الثمن ، كتبييض الشعر ، وتسبيطه ، فلا خيار للمشتري ، لأنه لا ضرر في ذلك . وإن علف شاة فظنها المشتري حاملاً ، أو سود أنامل العبد ليظنه كاتباً ، أو حداداً ، أو كانت الشاة عظيمة الضرع خلقة ، فظنها كثيرة اللبن ، فلا خيار له ، لأن ذلك لا يختلف فيما ظنه المشتري ، فإن سواد الأنامل قد يكون لولع ، أو خدمة كاتب ، أو حداد ، أو شروعه في ذلك ، وانتفاخ البطن قد يكون للأكل ، فظن المشتري غير ذلك طمع لا يثبت له خيار .

باب الرد بالعيب

من علم بسلعته عيباً ، لم يحل له بيعها حتى يبينه ، لقول النبي ﷺ « المسلم أخو المسلم، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً [فيه عيب] إلا بينه له » رواه ابن ماجه. فإن باع ولم يبين ، فالبيع صحيح ، لأن النبي ﷺ صحح بيع المصراة مع نهيه عنه . وحكي عن أبي بكر : : أن البيع باطل لظاهر النهي ، ومن

اشترى معيباً أو مصراة أو مدلساً يعلم حاله ، فلا خيار له ، لأنه بذل الثمن فيه راضياً به عوضاً ، فأشبه ما لا عيب فيه . وإن لم يعلم ، فله الخيار بين رده وأخذ الثمن ، لأنه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم ولا يسلم له، فثبت له الرجوع بالثمن ، كما في المصراة - وبين إمساكه ، وأخذ أرشه ، لأن الجزء للفائت بالعيب يقابله جزء من الثمن . فإذا لم يسلم له، كان له ما يقابله . كما لو تلف في يده . ومعنى الأرش : أن ينظر بين قيمته سليماً ومعيباً فيؤخذ قدره من الثمن . فإذا نقصه العيب عشر قيمته ، فأرشه عشر ثمنه لأن ذلك هو المقابل للجزء الفائت .

فصل

فإن نما المبيع نماء متصلاً كالسمن والكبر ، والتعلم والحمل والثمرة قبل الظهور ، وأراد الرد، رده بزيادته ، لأنها لا تنفرد عن الأصل في الملك فلم يجزئه رده دونها . وإن كانت منفصلة ، كالكسب واللبن وما يوهب له ، والولد المنفصل ، والثمرة الظاهرة ، رد الأصل وأمسك النماء . وعنه : ليس له رده دون نمائه ، والأول المذهب لما روت عائشة : أن رجلا ابتاع غلاماً فاستغله ماشاء الله ثم وجد به عيباً فرده . فقال يارسول الله : إنه استغل غلامي ، فقال رسول الله ﷺ « الخراج بالضمان » رواه أبو داود . إلا أن الولد ، إن كان

لآدمية ، لم يملك ردها دونه ، لأن فيه تفريقاً بينهما ، وذكر الشريف : أن له ردها،لأنه موضع حاجة، أشبه من ولدت حراً فباعها دونه،والأول أولى، لأن الجمع ممكن بأخذ الأرش أو ردهما معاً . فإن كان المبيع حاملاً فولدت عند المشتري، ثم ردها ،رد الولد معها ، لأنه من جملة المبيع، والولادة نماء متصل .

فصل

وإن تعيب المبيع عند المشتري ، ففيه روايتان . إحداهما : له أرش العيب وليس له رده ، لأن في رده ضرراً ، فلا يزال الضرر بالضرر . والثانية : يرده ، وأرش العيب الحادث عنده ، ويأخذ الثمن ، لأن النبي ﷺ أمر برد المصراة بعد أخذ لبنها ، ورد عوضه ، ولأن جواز الرد كان ثابتاً ، فلا يزول إلا بدليل ، ولا نص في منع الرد ، ولا قياس فيبقى بحاله . فإن دلس البائع العيب فتعيب عند المشتري ، أو تلف بفعله أو غيره ، فالمنصوص أنه يرجع بالثمن ولا شيء عليه ، لأنه مغرور ، والقياس يقتضي التسوية بين المدلس وغيره ، لأن النبي ﷺ أوجب على مشتري المصراة عوض لبنها مع التدليس ، وجعل الخراج بالضمان ، ولم يفرق بين مدلس وغيره . وعن أحمد : أن المبيع إذا كان صانعاً ، أو كاتباً فنسي عند المشتري ، يرده بالعيب ، ولا شيء معه . وهذا يحتمل أن يكون فيمن دلس العيب دون غيره ، لأن الصناعة والكتابة

متقومة تضمن في الغصب . وعلله القاضي : أنه ليس بنقص في العين ، ويمكن تذكره فيعود .

فصل

وماتعيب قبل قبضه، وهو مما يدخل في ضمان المشتري، فهو كالعيب الحادث في يده. وإن كان مما ضمانه على البائع، فهو كالعيب القديم، لأن من ضمن جملة المبيع ضمن أجزاءه .

فصل

وإن وطىء المشتري الأمة ، ففيه روايتان . إحداهما : ليس له ردها وله الأرش ، لأن الوطء يجري مجرى الجناية ، لا يخلو من عقر أو عقوبة . والثانية : له ردها إن كانت ثيباً ولا شيء معها ، لأنه معنى لا ينقص عينها ، ولا قيمتها ، ولا يتضمن الرضاء بالعيب ، فأشبه الاستخدام. وإن كانت بكراً فهو كعيبها عنده . فإن ردها ، رد أرش نقصها كما لو عابت عنده .

فصل

فإن لم يعلم بالعيب حتى هلك المبيع ، بقتل أو غيره أو أعتقه أو وقفه ، أو أبق أو باعه ، أو وهبه ، فله الأرش ، لأنه تعذر عليه الرد . وإن فعل ذلك مع علمه بالعيب ، فلا أرش له ، لرضاه به معيباً . ذكره القاضي . وقال

أبو الخطاب في المبيع والهبة : رواية أخرى : له الأرش ، ولم يعتبر علمه، وهو قياس المذهب ، لأننا جوزنا له إمساكه بالأرش ، وتصرفه فيه كإمساكه . وإن باعه قبل العلم، ثم رجع إليه ببيع أو غيره ، فله رده أو أرشه ، لأن ذلك امتنع عليه ، لخروجه من ملكه ، وبرجوعه إليه عاد الإمكان .

فصل

وإن باع بعضه أو وهبه ، فله أرش الباقي ، فأما أرش ماباع ، فينبني على ماقلنا في بيع الجميع وفي جواز رد الباقي بحصته من الثمن روايتان . إحداهما : يجوز . ذكره الخرقي ، لأن رده ممكن ، والأخرى : لا يجوز ، لأن فيه تبعيض الصفقة على البائع ، فلم يجز . كما لوكان المبيع عينين ينقصهما التفريق . ولو اشترى شيئين فوجد بأحدهما عيباً ، فله ردهما معاً أو إمساكهما ، وأخذ الارش، فإن أراد رد المعيب وحده، ففيه الروايتان ، إلا أن يكونا مما ينقصهما التفريق ، كمصراعي باب،وزوجي خف، أو ممن لا يحل التفريق بينهما، كالاخوين فليس له إلا ردهما أو إمساكهما مع الارش ، لان في رد أحدهما تفريقا محرماً، أو ضرراً بالبائع ، لنقصان قيمة المردود بالتفريق . وإن تلف أحد المبيعين ووجد بالآخر عيباً ، فعلى الروايتين . وإن اختلفا في قيمة التالف، فالقول قول المشتري ، لأنه كالغارم ، فهو كالمستعير والغاصب ، وإن كانا معيبين باقيين ،

فأراد رد أحدهما وحده ، فهي كالتي قبلها . وقال القاضي : ليس له رد أحدهما، لأنهأمكنه ردهما معا. ولو كان المبيع عينا واحدة فأراد رد بعضها،لم يملك ذلك وجهاً واحداً، لأن فيه تشقيص المبيع على البائع ، وإلحاقاً لضرر الشركة به .

فصل

وإن اشترى اثنان شيئاً فوجداه معيباً فرضيه أحدهما ، ففيها روايتان . إحداهما : للآخر رده نصيبه ، لأنه جميع ما ملكه بالعقد فملك رده بذلك ، كما لو انفرد . والأخرى : ليس له رده ، لأن المبيع خرج عن ملك البائع كاملاً فلم يملك المشتري رده مشقصا . كما لو اشترى العين كلها ثم رد بعضها . ولو ورث اثنان خيار عيب في سلعة ، فرضي أحدهما سقط رد الآخر ، لأن العقد عليها واحد ، بخلاف شراء الاثنين، فإنه عقدان. وإن اشترى واحد من اثنين شيئا ، فوجده معيباً ، فله رد نصيب أحدهما عليه منفرداً ، لأنه يرد عليه جميع ما باعه .

فصل

ومن اشترى معيباً فزال عيبه قبل رده ، مثل أن يشتري أمة مزوجة فطلقها الزوج ، فلا خيار له ، نص عليه أحمد ، لأن الضرر زال . ولو اشترى مصراة فصار لبنها عادة ، فلا خيار له . وإن قال البائع : أنا أزيل

العيب ، مثل أن يشتري أرضاً فيها حجارة تضرها ، فقال البائع : أنا أقلعها في مدة لا أجر لها ، أو اشترى أرضاً فيها بذر للبائع ، فقال : أنا أحوله ، سقط الرد ، لأن الضرر يزول من غير ضرر .

فصل

ذكر القاضي ما يدل على أن في خيار العيب روايتين . إحداهما : هو على التراخي ، لأنه عيب خيار لدفع الضرر المتحقق ، فكان على التراخي ، كخيار القصاص . فعلى هذا هو على خياره مالم يوجد منه ما يدل على الرضى من التصرف على ما ذكرنا في باب الخيار .

والثانية : هو على الفور ، لأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال فأشبه خيار الشفعة . ولو حلب لبنها الحادث أو ركبها ليردها أو ليختبرها ، لم يكن رضى ، لأنه حق له إلى أن يرد ، فلم يمنع منه .

فصل

وله الرد من غير رضى صاحبه ولا حضوره ، لأنه رفع عقد جعل إليه فلم يعتبر ذلك فيه ، كالطلاق . ويجوز من غير حكم حاكم ، لأنه مجمع عليه ، فلم يحتج إلى حاكم ، كفسخ المعتقة للنكاح .

فصل

والعيوب هي النقائص المعدودة عيباً ، فما خفي منها ، رجع إلى أهل الخبرة به . فمن العيوب في الخلقة المرض ، والجنون والجذام والبرص والعمى والعور ، والعرج والعفل والقرع ، والصمم والخرس ، والأصبع الزائدة والناقصة ، والحول والخوص والسبل ، وهو زيادة في الأجفان والبخر والخصا والتخنيف ، وكونه خنثى والحمق البات ، والتزوج في الرقيق . فأما عدم الختان فليس بعيب في الصغير ، لأنه لم يفت وقته ، ولا في الكبير المجلوب ، لأن ذلك عادتهم ، وهو عيب في الكبير المولود في الاسلام ، لأن عادتهم الختان والكبير يخاف عليه ، فأما العيوب المنسوبة إلى فعله كالسرقة والإباق والبول في الفراش ، فإن كانت من مميز جاوز العشر ، فهي عيب ، لأنه يذهب بمال سيده أو يفسد فراشه ، وليس عيباً في الصغير ، لأنه لا يكون يضعف بنيته ، والزنا عيب ، لأنه يوجب الحدود وكذلك شرب المسكر ، والحمل عيب في الأمة ، لأنه يخاف منه عليها ، وليس بعيب في غيرها ، لعدم ذلك . والثيوبة وكون الأمة لا تحيض ليس بعيب ، لان الإطلاق لا يقتضي وجود ذلك ولا عدمه ، وكذلك كونها محرمة على المشتري بنسب أو رضاع أو إحرام أو عدة ، لأن ما يختص بالمشتري لا ينقص ثمنها ، وسائر ذلك يزول عن قرب . ومعرفة الغناء والحجامة ليس بعيب ، لأن النقص فعل ذلك لا العلم به . والكفر وكونه ولد زنا ليس بعيب ، لأن

الأصل في الرقيق الكفر، ولا يقصد فيهم النسب، وكون الجارية لا تحسن الطبخ والخبز ليس بعيب، لان هذه صناعة، فالجهل به كالجهل بسائر الصنائع.

فصل

وإن شرط في المبيع صفة مقصودة، مثل أن شرط الأمة بكراً أو جعدة أو العبد كاتباً أو ذا صناعة أو فحلاً، أو خصيا أو مسلماً، والدابة هملاجه، أو الفهد صيوداً، أو الشاة لبونا، فبان خلاف ذلك، فله الرد، لانه لم يسلم له ما بذل من الثمن فيه، فملك الرد، كما لو وجده معيباً. وإن شرط الأمة سبطة أو جاهلة، فبانت جعدة أو عالمة، فلا خيار له، لأنها زيادة، وإن شرطها ثيباً فبانت بكراً فكذلك، ويحتمل له الخيار، لأنه قد يشترط الثيوبة لعجزه عن البكر، وإن شرطها كافرة فبانت مسلمة، ففيه وجهان. أحدهما: لا خيار له، لأنها زيادة. والثاني له الخيار، لأنه يتعلق به غرض صحيح، وهو صلاحها للمسلم والكافر، وإن شرطها حاملاً صح. وقال القاضي: قياس المذهب أنه لا يصح، لأن الحمل لا حكم له، والصحيح الأول، لأن النبي ﷺ حكم في الدية بأربعين خلفة، في بطونها أولادها. ولأن الحمل يثبت الرد في المعيبة، ويوجب النفقة للمبتوتة، ويمنع كون الدم فيه حيضاً، والطلاق فيه بدعة، ويجوز الفطر في رمضان للخوف عليه، ويمنع إقامة الحد والقصاص. وإن شرط في الطير أنه

مصوت ، أو في الديك أنه يصيح في وقت من الليل ، صح ، لأن ذلك عادة له ، فجرى مجرى الصيد في الفهد ، وقال بعض أصحابنا : لا يصح ، لأنه يجوز أن يوجد وأن لا يوجد . وإن شرط أن يجيء من مسافة ذكرها ، صح ، لأن ذلك عادة ، وفيه قصد صحيح ، ليبلغ الأخبار ، فهو كالصيد في الفهد . وقال القاضي : لا يصح ، لأنه تعذيب للحيوان . وإن شرط الغناء في الأمة ، وفي الكبش أنه مناطح ، وفي الديك أنه مقاتل، لم يصح لأنه منهي عنه، فهو كالزنا في الأمة .

فصل

وإذا اشترى ما مأكوله في جوفه ، فله الرد . وعنه : لا شيء له ، لأنه لا تدليس من البائع ، ولا يمكنه معرفة باطنه ، والأول : أصح ، لأن عقد البيع اقتضى السلامة ، فإذا بان معيباً ، ملك رده كالعبد . وإن كان مما لا قيمة له ، كبيض الدجاج ،والجوز الخرب،والرمان الفاسد ، رجع بالثمن كله ، لأن هذا ليس بمال فبيعه فاسد ، كالحشرات . وإن كان الفاسد في بعضه ، رجع بقسطه. وإن كان مما لمكسوره قيمة ، كجوز الهند وبيض النعام ، فقال الخرقي: يرجع بالثمن وعليه أرش الكسر ، كما لو كان المبيع ثوباً فقطعه ، واختار غي: أنه إن كان الكسر لا يزيد على ما يحصل به استعلام المبيع،رده ولا شيء عليه ، لأن ذلك حصل ضرورة استعلام المبيع ، والبائع سلطه عليه فلم يمنع

الرد ، كحلب لبن المصراة ، وإن زاد على ذلك خرج فيه روايتان ، كسائر المعيب الذي يعيب عنده .

فصل

وإن اشترى ثوباً لا ينقصه نشره فنشره ، فله رده بالعيب ، وإن كان ذلك ينقصه فهو كجوز الهند . وإن صبغ الثوب ثم وجده معيباً ، فله الأرش لا غير . وعنه : يرده ويكون شريكاً للبائع بقيمة الصبغ . وعنه : يرده ويأخذ زيادته بالصبغ . والأول : المذهب ، لأن إجبار البائع على بذل ثمن الصبغ إجبار على المعاوضة ، فلم يجز لقول الله تعالى : (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) النساء : ٢٩ .

فصل

وإذا اشترط البائع البراءة من كل عيب ، لم يبرأ لأن البراءة مرفق في البيع لا يثبت إلا بالشرط ، فلم يثبت مع الجهالة كالأجل ، وعنه : يبرأ ، إلا أن يكون البائع علم بالعيب فكتمه ، لما روي أن ابن عمر باع عبداً من زيد بن ثابت بشرط البراءة بثمانمئة درهم ، فأصاب به عيباً ، فأراد رده على ابن عمر ، فلم يقبله ، فترافعا إلى عثمان ، فقال عثمان لابن عمر : أتحلف أنك لم تعلم بهذا العيب ، فقال : لا ، فرده عليه . وهذه القصة اشتهرت فلم تنكر ،

فكانت إجماعاً ، ويتخرج أن يبرأ مطلقاً بناء على قوله في صحة البراءة من المجهول ، ولأنه إسقاط حق من مجهول لا تسليم فيه ، فصح كالعتاق . وإن قلنا بفساد الشرط فالبيع صحيح ، لأن ابن عمر باع بشرط البراءة ، فأجمعوا على صحته ، ويتخرج فساده بناء على الشروط الفاسدة .

بَابُ بَيع المرابحَة وَالمواضعَة وَالتولية والإقالة

بيع المرابحة : أن يخبر برأس ماله ثم يبيع به وبربح ، فيقول : رأس مالي فيه مائة ، بعتكه بها وربح عشرة ، فهذا جائز غير مكروه ، لأن الثمن معلوم . وإن قال : بعتك بها وربح درهم في كل عشرة ، أو قال ده يازده، أو ده دوازده، فهو صحيح أيضاً جائز غير مكروه، لأن الثمن معلوم . فهي كالتي قبلها ، لكن كرهه أحمد، لأن ابن عمر وابن عباس كرهاه ، لانه بيع الاعاجم ولأن الثمن قد لا يعلم في الحال .

فصل

ولا يخبر إلا بما يلزم من الثمن ، وما يزاد فيه في مدة الخيار يخبر به ، لأنه من الثمن . وما حط عنه في الخيار، نقصه لذلك . وما كان بعد لزوم العقد لا يخبر به ، لأنه تبرع من أحد المتعاقدين لا يلزمه ، فلم يخبر به كما لو وهبه شيئاً .

وإن تمت العين ولم يزد على رأس المـــال ، فإن كان النماء منفصلاً ، لم تنقص به العين ، فله أخذه ويخبر برأس المال ، لأنه في مقابلة العين دون نمائها . وعنه : أنه يبين ذلك ، لأنه أبعد من اللبس . وإن عمل في العين عملاً من قصـــارة ، أو خياطة أو حمل ، أخبر بالحال على وجهه ، سواء عمله بنفسه أو بأجرة ، قـال أحمد : يبين ما اشتراه به وما لزمه . فإن ضم ذلك إلى رأس المـــال وأخبر أنه اشترى به ، لم يجز ، لأنه كذب . وإن قال: تحصل علي بكذا ، لم يجز فيما عمله بنفسه ، لأنه كذب . وجاز فيما استأجر عليه في أحد الوجهين ، لأنه صادق ، والآخر : لا يجوز ، وهو ظاهر كلام أحمد ، لأن فيه تلبيساً فلعل المشتري لو علم الحال لم يرغب فيه ، لكون ذلك العمل مما لا حاجة به إليه ، فأشبه ما أنفق عليه في مؤنته وكسوته ، فإنه لا يجوز الإخبار به ، وجهاً واحداً وكذلك كري مخزنه وحافظه ، إلا أن يخبر بالحال على وجهه ، فإن ذلك لا يزيد في ثمنه .

فصل

فإن نقص المبيـع لمرض ، أو تلف جزء ، أو تعيب أو وجد به عيباً ، أو جني عليه فأخذ أرشه ، أخبر بالحال على وجهه . وقال أبو الخطـاب : يحط الأرش من الثمن ، ويخبر بما بقي فيقول : تقوم علي بكذا . والأول أولى لأنه أبعد من اللبس ، والفرق بين الأرش والكسب ، أن الأرش عوض ثمن ، فهو كثمن جزء بيـع منه ، والكسب لم ينقص به المبيـع . ولو جنى

العبد ففداه المشتري ، لم يرد ذلك من رأس المال ، لأنه ليس من الثمن ولا زاد به المبيع . وإن نقص المبيع لتغير الاسعار فقال : أصحابنا لا يلزمه الخبر به، لأنه صادق بدونه . والأولى : أنه يلزمه ، لأن المشتري لو علم ذلك لم يرض به، فجرى مجرى نقصه بعيب . وإن حط بعض رأس المال ، وأخبر بالباقي ، لم يجز ، لأنه كذب وتغرير بالمشتري .

فصل

فإن اشترى اثنان شيئاً وتقاسماه، فقال أحمد: لا يبيع أحدهما مرابحة ، إلا أن يقول ، اشتريناه جماعة ثم تقاسمناه . وإن اشترى شيئين بثمن واحد ، ثم أراد بيع أحدهما ، أو اشترى شجرة مثمرة ، فأخذ شجرتها ، أو شاة، فأخذ صوفها ، أو لبنها الذي كان فيها ، ثم أراد بيع الاصل مرابحة ، أخبر بالحال على وجهه ، ولا يجوز بيعه بحصته من الثمن ، لان قسمة الثمن طريقه الظن ، واحتمال الخطأ فيه كثير ، ومبنى المرابحة على الأمانة ، فلم يجز هذا فيه . فإن كان المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء ، كالمكيل والموزون من جنس ، جاز بيعه بحصته من الثمن ، لأنه ينقسم على أجزائه ، وجزؤه معلوم يقيناً . وإن أسلم في ثوبين صفقة واحدة بثمن واحد ، فأخذهما على الصفة ، فالقياس جواز بيع أحدهما بحصته من الثمن ، لأن الثمن منقسم عليهما نصفين ، وما زاد على الصفة في أحدهما ، لم يقابله شيء من الثمن ، فجرى مجرى النماء الحادث بعد الشراء .

فصل

فإن اشتراه من أبيه ، أو ممن لا تقبل شهادته له ، لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين أمره ، لأنه متهم في حقهم أنه يحابيهم ، وإن اشتراه من غلام دكانه أو غيره حيلة ، لم يجز بيعه مرابحة ، وإن لم يكن حيلة ، جاز ، لأنه لا تهمة في حقه .

فصل

وإن اشترى شيئاً ثم باعه بربح ، ثم اشتراه ، فأعجب أحمد رضي الله عنه أن يخبر بالحال على وجهه ، أو يطرح الربح من الثمن الثاني ، ويخبر بما بقي ، لأن هذا مذهب ابن سيرين ، ولأن الربح أحد نوعي النماء ، فيخبر به في المرابحة كالولد والثمرة ، ولعل هذا من أحمد على سبيل الاستحباب ، لأنه أبلغ في البيان . ويجوز الإخبار بالثمن الثاني وحده ، لأنه الثمن الذي حصل به هذا الملك ، فجاز الخبر به وحده كما لو خسر فيها .

فصل

فإن بان للمشتري أن البائع أخبر بأكثر من رأس المال ، فالبيع صحيح لانه زاد في الثمن فلم يمنع صحته كالتصرية ، ويرجع عليه بالزيادة وحظها من

الربح ، لأنه باع برأس ماله وما قدره من الربح . فإذا بان رأس المال ، كان مبيعاً به وبقدره من الربح . وإن اختار المشتري رد المبيع ، فله ذلك ، نص عليه ، لأنه ربما كان غرضه الشراء بسلعة واحدة بجميع الثمن ، وظاهر كلام الخرقي أنه لا خيار له ، لأنه رضي المبيع بثمن حصل له بدونه ، فلم يكن له خيار ، كما لو اشترى معيباً فبان صحيحاً ، فأما البائع ، فلا خيار له ، لانه باع برأس ماله وقدره من الربح ، وحصل له ماعقد به ، وفي سائر مايلزمه الإخبار بالحال على وجهه ، فلم يفعل ، يخير المشتري بين أخذه بما اشترى به ، وبين الفسخ ، لانه ليس للمبيع ثمن غير ماعقد به ، وإن اشتراه بثمن مؤجل فلم يتبين ، فعنه أنه مخير بين الفسخ ، وأخذه بالثمن حالاً ، لأن البائع لم يرض بذمة المشتري ، فلا يلزمه الرضى بها . وعنه : يخير بين الفسخ وأخذه بالثمن مؤجلاً ، لأنه الثمن الذي اشترى به البائع ، والتأجيل صفة فأشبه المخبر بزيادة في القدر ، وإن علم ذلك بعد تلف المبيع ، حبس المال بقدر الاجل .

فصل

وإن أخبر بثمن ثم قال: غلطت والثمن أكثر ، ففيه ثلاث روايات : إحداهن : لا يقبل قوله إلا ببينة ، لأنه مقر على نفسه فلم يقبل قوله في الغلط إلا ببينة ، كالمضارب يقر بربح . والثانية : إن كان معروفاً بالصدق ، قبل قوله ،

وإلا فلا ، لانه لما دخل معه في المرابحة فقد ائتمنه ، والقول قول الأمين مع يمينه . والثالثة : لا يقبل قوله ، وإن أقام بينة ما لم يصدقه المشتري لإقراره ، أو تبدأ بكذب بينته ، فأشبه ما لو أقر بدين . فإن قلنا بقبول بينته ، فقال المشتري : أحلفوه أنه وقت البيع لم يعلم أن ثمنها أكثر ، فعلى البائع اليمين ، فإن نكل أو أقر ، لم يكن له غير ما وقع عليه العقد ، لأنه عقد بهذا الثمن عالماً، فلم يكن له غيره، كالمشتري إذا علم العيب حال الشراء ، وإن حلف ، خير المشتري بين فسخ العقد ، لأنه لم يرضه بأكثر مما بذله وبين قبوله مع إعطائه ما غلط به وحطه من الربح ، لأن البائع إنما باعها بهذا الثمن ظناً أنه رأس المال ، فعليه ضرر بالنقصان منه . فإذا أخذها المشتري بذلك ، فلا خيار للبائع ، لانه قد زال عنه الضرر بالتزام المشتري ما غلط به ، وإن اختار الفسخ فقال البائع :أنا أسقط الزيادة عنك ، سقط الفسخ ، لأنه قد بذلها له بالثمن الذي وقع عليه العقد وتراضيا به .

فصل

وبيع التولية:هو البيع بمثل الثمن الذي اشترى به ، وحكمه حكم المرابحة فيما ذكرنا ، ويصح بلفظ البيع ، ولفظ التولية ، لانه منفرد بمعناه . قال أحمد : ولا بأس ببيع الرقم ، وهو الثمن الذي يكتب على الثوب ، ولا بد من علمه حال العقد ، ليكون معلوماً . فإن لم يعلم ، فالبيع باطل ، لأن الثمن مجهول .

وقال : المساومة عندي أسهل من المرابحة ، لأن بيع المرابحة يعتبر به أمانة واسترسال من المشتري ، ويحتاج إلى تحري الصدق واجتناب الريبة . وقال في رجلين اشتريا ثوباً بعشرين ، ثم اشترى أحدهما من صاحبه باثنين وعشرين: فإنه يخير في المرابحة بأحدى وعشرين ، لأنه اشترى نصفه بعشرة ، ونصفه بأحد عشر .

فصل

وبيع المواضعة : أن يخبر برأس المال ، ثم يبيع به ووضيعة كذا ، أو يقول: ووضيعة درهم من كل عشرة . وحكمه حكم المرابحة في تفصيله ، فإذا قال : رأس مالي فيه مائة بعتك بها ووضيعة درهم من كل عشرة ، فالثمن تسعون . لأن المحطوط العشر ، وعشر المائة عشرة ، وإن قال : بوضيعة درهم لكل عشرة ،كان الحط من كل أحد عشر درهماً ، درهماً ، والباقي تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم ، لأنه إذا قال: لكل عشرة درهم ، كان الدرهم من غيرها ، فيكون من كل أحد عشر درهما درهم ، وإذا قال : من كل عشرة كان الحط منها فيكون عشرها .

فصل

وإذا اشترى نصف عبد بعشرة ، واشترى آخر نصفه بعشرين ، ثم باعاه بثمن واحد مساومة ، فالثمن بينهما نصفان ، لأنه عوض عنه فيكون

بينهما على حسب ملكيهما فيه . وإن باعاه مرابحة ، فكذلك في إحدى الروايتين. والثانية : هو بينهما على قدر رؤوس أموالهما، لأن بيع المرابحة يقتضي كون الثمن في مقابلة كل واحد منهما ، وقيل : المذهب رواية واحدة ، أنه بينهما نصفان . والقول الآخر وجه أخرجه أبو بكر .

فصل

وإقالة النادم في البيع مستحبة ، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « من أقال نادماً بيعته ، أقاله الله عثرته يوم القيامة » أخرجه أبو داود . وهي فسخ في أصح الروايتين . وعنه : أنها بيع ، لأنها نقل الملك بعوض على وجه التراضي فكانت بيعاً ، كالأول،والأول أولى،لأن الإقالة في السلم تجوز إجماعاً،وبيع السلم لا يجوز قبل قبضه ، ولأن الإقالة الرفع والإزالة، ومنه:أقال الله عثرته. وذلك هو الفسخ ، ولأنها تتقدر بالثمن الأول ، وتحصل بلفظ لا ينعقد به البيع فكانت فسخاً كالرد بالعيب . فعلى هذا تجوز في المبيع قبل قبضه ، ولا تجب بها شفعة، وتتقدر بالثمن الأول ، ومن حلف لا يبيع، فأقال لا يحنث ، وعلى الأخرى تنعكس هذه الأحكام ، إلا بمثل الثمن ، فإنه على وجهين ، أصحهما أنها تتقدر به ، لأنها خصت بمثل الثمن كالتولية ، فإن قال بأكثر منه ، لم يصح وكان الملك باقياً للمشتري ، لأنهما تفاضلا فيما يعتبر فيه التماثل ، فلم يصح كبيع درهم بدرهمين .

باب إختلاف المتبايعين

إذا اختلفا في قدر الثمن والسلعة قائمة ، تحالفا . لما روى ابن مسعود عن رسول الله ﷺ أنه قال « إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة والبيع قائم بعينه ، فالقول ما قال البائع ، أو يترادان البيع » رواه ابن ماجه . وفي لفظ « تحالفا » وكان البائع يدعي عقداً بثمن كثير ينكره المشتري ، والمشتري يدعي عقداً ينكره البائع ، والقول قول المنكر مع يمينه . ويبدأ بيمين البائع ، لأن النبي ﷺ جعل القول ما قال البائع ، وكان جنبته أقوى ، لأنهما إذا تحالفا رجع المبيع إليه ، فكانت البداية به أولى . كصاحب اليد . ويجب الجمع في اليمين بين النفي والإثبات ، لأنه يدعي عقداً وينكر آخر فيحلف عليها،فيقدم النفي فيقول: والله ما بعته بكذا ، ولقد بعتك بكذا ، لأن الأصل في اليمين أنها للنفي ، ويكفيه يمين واحدة ، لأنه أقرب لفصل القضاء فإن نكل أحدهما، لزمه ما قال صاحبه ، وإن رضي أحدهما بما قال الآخر ، فلا يمين . وإن حلفا ثم رضي أحدهما بما قال الآخر ، أجبر على القبول ، لأنه قد وصل إليه ما ادعاه ، وإن لم يرضيا ، فلكل واحد منهما الفسخ ، ويحتمل أن الفسخ للحاكم، لأن العقد صحيح، وإنما يفسخ لتعذر إمضائه في الحكم فأشبه

نكاح المرأة إذا زوجهـــا الوليان . والأول : المذهب ، لقول النبي ﷺ « أو يترادان البيع » فجعله إليهما . وفي سياقه إلى ابن مسعود ، رواه الاشعث بن قيس. وقد اختلف في ثمن مبيع ، فقال الاشعث : فإني أرى أن أرد البيع. ولانه فسخ لاستدراك الظلامة ، أشبه رد المعيب .

فصل

وقال القاضي : ظاهر كلام أحمد رضي الله عنه أن الفسخ ينفـذ ظاهراً وباطناً ، لانه فسخ لاستدراك الظلامة،فأشبه رد المعيب . واختار أبو الخطاب أن المشتري إن كان ظالماً، ففسخ البائع ينفذ ظاهراً وباطناً، لعجزه عن استيفاء حقه ، فملك الفسخ ، كما لو أفلس المشتري . وإن كان البائع ظالماً لم ينفذ فسخه باطناً ، لأنه يمكنه إمضاء العقد فلم ينفذ فسخه ، ولم يملك التصرف في المبيـع ، لأنه غاصب .

فصل

وإن اختلفا بعد تلف المبيع ، ففيه روايتان . إحداهما : يتحالفان ويفسخان البيع ، لأن المعنى الذي شرع له التحالف حال قيام السلعة موجود حال تلفها ، فيشرع ، ويجب رد قيمة السلعة ، فإن اختلفا في قيمتهـا ، وجب قيمة مثلها، موصوفاً بصفاتها ، وإن زادت على ما ادعاه البائع ، لأن الثمن سقط

ووجبت القيمة . فإن اختلفا في الصفة ، فالقول قول المشتري مع يمينه ، لأنه غارم . والثانية : القول قول المشتري مع يمينه ، اختارها أبو بكر ، لقوله في الحديث : «فالبيع قائم بعينه» . فمفهومه أن لا يشرع التحالف مع تلفها ، ولأنهما اتفقا على انتقال المبيع إلى المشتري بثمن ، واختلفا في الزائد الذي يدعيه البائع وينكره المشتري ، والقول قول المنكر ، وإنما ترك هذا مع قيـــام السلعة لإمكان التراد ، ولا يمكن رد السلعة بعد تلفها ، وإن تقايلا المبيع ، أو رد بعيب، ثم اختلفا في الثمن ، فقال البائع :هو قليل، وقال المشتري: هـو كثير ، فالقول قول البائع ، لأن البيع قد انفسخ والبائع منكر لمـا يدعيه المشتري لاغير.وإن مات المتبايعان ، فورثتهما بمنزلتهما ، لأنها يمين في المال، فقام الوارث فيها مقام الموروث ،كاليمين في الدعوى . وإن كان المبيع بين وكيلين ، تحالفا لأنهما عاقدان ، فتحالفا كالمالكين .

فصل

وإن اختلفا في قدر المبيع ، فقال: بعتك هذا العبد بألف،فقال: بل هو والجارية ، فالقول قول البائع نص عليه ، لأنه ينكر بيع الجارية فاختصت اليمين به . كما لو اختلفا في أصل العقد . وإن قال: بعتك هذا العبد ، فقال: بل بعتني هذا الثوب ، حلف كل واحد منهما على ما أنكره خاصة ، ثم إن كان العبد في يد البائع ، فليس للمشتري أخذه ، لانه لا يدعيه ، وإن كان في يد

المشتري ، فليس للبائع أخذه لذلك ، إلا أن يتعذر عليه ثمنه فيفسخ المبيع ويأخذه ، والثوب يقر في يد البائع ، ويرد إليه إن كان عند المشتري . وإن قامت بينة بالعقدين ، ثبتا . وإن قامت بينة أحدهما ثبت ، ويحلف المنكر للآخر .

فصل

وإن اختلفا في صفة الثمن ، رجع إلى نقد البلد ، نص عليه ، فإن كان فيه نقود ، رجع إلى أوسطها ، وعلى من القول قوله اليمين ، لأن الظاهر صدقه ، فكان القول قوله، كالمنكر ، وقال القاضي : يتحالفان .

فصل

وإن اختلفا في أجل ، أو شرط ، أو رهن، أو ضمين ونحوه، ففيه روايتان . إحداهما : القول قول من ينكره مع يمينه ، لأنه منكر فأشبه منكر العقد من أصله . والثانية : يتحالفان لأنهما اختلفا في صفة العقد ، فأشبه ما لو اختلفا في قدر الثمن ، وإن اختلفا فيما يفسد العقد ، فالقول قول من ينفيه ، لأن الظاهر من حال المسلم تعاطي الصحيح . وإن قال أحدهما : كنت مكرها ، أو مجنونا ، فالقول قول الآخر ، لأن الأصل معه ، وإن قال : كنت صغيراً فكذلك ، نص عليه ، لأنهما اختلفا فيما يفسد العقد ، فقدم قول

من يدعي صحته ، ويحتمل أن القول قول مدعي الصغر ، لأن الاصل معه ؛ وإن قال عبد : بعتك بغير إذن سيدي ، فأنكره المشتري ، فالقول قول المشتري ، لأن الأصل الصحة ، وإن أنكره السيد ، فالقول قوله ، لأن الاصل معه ، ولا دليل على خلافه . وإن قال أحد المتصارفين : تفرقنا قبل القبض ، فادعى فسخ العقد ، وأنكره الآخر ، فالقول قول مدعي الصحة، لأن الاصل معه . وإن اختلفا في عيب يحدث مثله ، فادعى كل واحد منهما أنه حدث عند صاحبه ، ففيه روايتان . إحداهما : القول قول البائع ، لأن الاصل عدم العيب . والثانية : القول قول المشتري ، لأن الاصل عدم القبض للجزء الفائت ، وعدم استحقاق ما يقابله من الثمن . وان رد بعيب ، فقال البائع ليس هذا المبيع ، فالقول قوله ، لأن الاصل سلامة المبيع وبقاء العقد. وان قبض المسلم فيه أو المبيع بالكيل ، ثم قال : غلطت علي في الكيل ، ففيه وجهان . أحدهما : القول قول البائع ، لأن الأصل السلامة من الغلط . والثاني : القول قول المشتري ، لأن الاصل عدم القبض لما أنكر قبضه ، وان كان قبضه جزافاً ، فالقول قوله في قدره ، وجهاً واحداً .

فصل

وإن باعه بثمن معين ، وقال : كل واحد منهما لا أسلم ما بعته حتى أقبض عوضه ، جعل بينهما عدل يقبض منهما ، ويسلم إليهما معاً ، لأنهما سواء في تعلق حقوقهما بالعين ، وإن كان البيع بثمن في الذمة ، أجبر البائع على تسليم المبيع أولاً ، لتعلق حق المشتري بعينه ، فقدم على ما تعلق بالذمة : كأرش الجناية مع الدين ، ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن . فإن كان معسراً وماله غائباً في مسافة القصر ، فللبائع فسخ البيع ، لأن عليه ضرراً في تأخير الثمن ، فجاز له الرجوع إلى عين ماله ، كما لو أفلس المشتري . وإن كان الثمن حاضراً اجبر على دفعه في الحال ، وإن كان في داره أو دكانه ، حجر عليه في المبيع ، وفي سائر ماله حتى يسلمه ، لئلا يتصرف في المبيع ، فيضر بالبائع . وإن كان غائباً دون مسافة القصر ، ففيه وجهان . أحدهما : جاز له الفسخ ، لأنه تعذر الثمن للإعسار ، أشبه الإفلاس . والثاني : لا يفسخ ، ولكن يحجر على المشتري ، لأنه في حكم الحاضر ، أشبه الذي في البلد .

كتاب السلم

السلم : أن يسلم عيناً حاضرة في عوض موصوف في الذمة إلى أجل ، وهو نوع من البيع ، ينعقد بلفظ البيع والسلم والسلف ، وتعتبر فيه شروط البيع ، ويزيد بشروط ستة . أحدها : أن يكون مما ينضبط بالصفات التي يختلف الثمن باختلافها ظاهراً ، لأنه بيع بالصفة ، فيشترط إمكان ضبطها ، فيصح السلم في المكيل والموزون والمذروع، لما روى ابن عباس عن رسول الله ﷺ أنه قدم المدينة ، وهم يسلفون الثمار السنتين والثلاث ، فقال: « من أسلف فليسلف في كيل معلوم ، ووزن معلوم إلى أجل معلوم » متفق عليه . وقال عبد الله بن أبي أوفى وعبد الرحمن بن أبزى : كنا نصيب المغانم مع رسول الله ﷺ ، فكان يأتينا أنباط من أنباط الشام ، فنسلفهم في الحنطة والشعير والزبيب فقيل: أكان لهم زرع أم لم يكن؟ قال : ما كنا نسألهم عن ذلك. رواه البخاري. فثبت جواز السلم في ذلك بالخبر ، وقسنا عليه ما يضبط في الصفة ، لأنه في معناه ، ويصح في الخبز واللبأ والشواء ، لأن عمل النار فيه معتاد ممكن ضبطه بالنشافة والرطوبة ، فصح السلف فيه ، كالمجفف في الشمس . وقال

القاضي : لا يصح في الشواء واللحم المطبوخ ، لأن عمل النار فيه يختلف فلا ينضبط .

فصل

ولا يصح فيما لا ينضبط ، كالجوهر واللؤلؤ والزبرجد والياقوت والعقيق ونحوها ، لأنها تختلف اختلافاً متبايناً بالكبر والصغر ، وحسن التدوير ، وزيادة ضوئها ، ولا يمكن تقديرها ببيض العصفور ونحوه ، لأنها تختلف . وفي الحوامل من الحيوان ، والشاة اللبون ، والأواني المختلفة الرؤوس والأوساط وجهان . أحدهما : لا يصح أن يسلم فيه ، لأن الصفة لا تأتي عليه ، والولد واللبن مجهول . والثاني : يصح ، لأن الحمل واللبن لا حكم لهما مع الأم بدليل البيع ، والأواني يمكن ضبطها بسعة رأسها وأسفلها ، وعلو حائطها ، فهي كالأواني المربعة . وما فيه خلط من غيره ينقسم أربعة أقسام . أحدها : ما خلطته لمصلحته ، وهو غير مقصود في نفسه ، كالإنفحة في الجبن ، والملح في الخبز والشيرج ، والماء في خل التمر ، فيصح السلم فيه ، لأن ضبطه ممكن ، وفي معناه النبل والنشاب . وقال القاضي : لا يصح السلم فيهما ، لأن فيه أخلاطاً ويختلف طرفاه ووسطه ، فأشبه القسي ، والأول أصح ، لان أخلاطه متميزة ممكن ضبطها ، والاختلاف فيه يسير معلوم بالعادة ، فهو كالثياب من جنسين بخلاف القسي .

الثالث : المغشوش كاللبن المغشوش ، والحنطة فيها الزوان ، فلا يصح السلم فيه، لأن غشه يمنع العلم بقدر المقصود فيه ، فيكون فيه غرر .

الرابع : أخلاط مقصودة غير متميزة ، كالغالية والند والمعاجين ، فلا يصح السلم فيه ، لأن الصفة لا تأتي عليه ، وفي معناه القسي المشتملة على الخشب والقرن والقصب ، والتوز ، فلا يصح السلم فيها للعجز عن مقادير ذلك ، وتميز ما فيه منها ، وفيه وجه آخر أنه يصح السلم فيها كالثياب .

فصل

وفي الحيوان روايتان . أظهرهما : صحة السلم فيه ، لأن أبا رافع قال : استسلف النبي ﷺ من رجل بكراً . رواه مسلم . ولانه يثبت في الذمة صداقاً ، فصح السلم فيه كالثياب . والثانية : لا يصح ، لانه يختلف اختلافاً متبايناً مع ذكر أوصافه الظاهرة ، فربما تساوى العبدان في الصفات المعتبرة ، وأحدهما يساوي أمثال صاحبه . وإن استقصى صفاته كلها، تعذر تسليمه . وفي المعدود من الجوز والبيض ، والبطيخ والرمان والبقل ونحوه روايتان . إحداهما : لا يصح لذلك . والثانية : يصح ، لأن التفاوت يسير ، ويمكن ضبطه بعضه بالصغر والكبر ، وبعضه بالوزن . وفي الرؤوس والأطراف والجلود من الخلاف مثل ما ذكرنا فيما قبله .

فصل

الشرط الثاني : معرفة قـــدره بالكيل إن كان مكيلا ، وبالوزن إن كان موزوناً ، وبالذرع إن كان مذروعاً ، لحديث ابن عباس ، ولأنه عوض غير مشاهد ، يثبت في الذمة ، فاشترط معرفة قدره كالثمن . ويجب أن يكون ما يقدر به معلوماً عند العامة ، فإن قدره بإناء ، أو صنجة بعينها غير معلومة لم يصح ، لأنه قد يهلك ، فيجهل قدره ، وهذا غرر لا يحتاج العقد إليه . وإن أسلم في المكيل وزناً ، وفي الموزون كيلاً ، فعنه : لا يصح ، لأنه مبيع اشترط معرفة قدره ، فلم يجز بغير ما هو مقدر به كالربويات . وعنه : ما يـــدل على الجواز ، لأنه يخرجه عن الجهالة وهو الغرض ، ولا بد من تقدير المذروع بالذرع ، فأما المعدود فيقدر بالعدد ، وقيل بالوزن ، لأنـــه يتباين ، والأول أولى ، لانه يقدر به عند العامة ، والتفاوت يسير ، ويضبط بالصغر والكبر ، ولهذا لا تقع القيمة بين الجوزتين والبيضتين . فإن كان يتفاوت كثـــيراً ، كالرمان والبطيخ والسفرجل والبقول، قدره بالوزن ، لأنه أضبط لكثرة تفاوته وتباينه ، ولا يمكن ضبطه بالكيل ، لتجافيه في المكيال ، ولا بالحزم ، لأنه يختلف ، ويمكن[حزم] الكبيرة والصغيرة ، فتعين بالوزن لتقديره .

فصل

الشرط الثالث : أن يجعلا له أجلاً معلوماً ، فإن اسلم حالاً لم يصح ، لحديث ابن عباس ، ولأن السلم إنما جاز رخصة للرفق، ولا يحصل المرفق إلا بالأجل، فلا يصح بدونه، كالكتابة، فإن كان بلفظ البيع ، صح حالاً ، قال القاضي : ويجوز التفرق قبل قبض رأس المال ، لأنه بيع ، ويحتمل أن لا يجوز لأنه بيع دين بدين. ويشترط في الأجل ثلاثة أمور. أحدها : كونه معلوماً، لقول الله تعالى (إلى أجل مسمى)، وللخبر . فإن جعله إلى المحرم أو يوم منه، أو عيد الفطر ونحوها ، جاز لقول الله تعالى (ويسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس) البقرة : ١٨٩ وإن قدره بغير ذلك مما يعرفه الناس ، ككانون وعيد للكفار يعرفه المسلمون، جاز لأنه معلوم لا يختلف . وقال ابن أبي موسى : لا يصح ، لأنه لا يعرفه كثير من الناس . وإن كان مما لا يعرفه المسلمون ، كالشعانين وعيد الفطير ، لم يصح ، وجهاً واحداً ، لأن المسلمين لا يعرفونه ، ولا يجوز تقليد أهل الذمة ، فبقي مجهولاً . وإن جعلا الأجل إلى مدة معلومة كشهر معين تعلق بأولها . ولو قال : محله في رمضان، فكذلك ، لأنه لو قال لزوجته : أنت طالق في رمضان ، طلقت في أوله ، ولو احتمل غير الأول الطلاق لم يقع . وإن جعله اسماً يتناول شيئين كربيع، تعلق بأولها ، وإن قال :

ثلاثة أشهر انصرف إلى الهلالية ، لأنها الشهور في لسان الشرع ، فإن كان أثناء شهر ، كمل بالعدد ثلاثين ، والباقي بالأهلة .

الأمر الثاني : أن يكون مما لا يختلف ، فإن جعله إلى الحصاد والجذاذ والموسم ، لم يصح ، لأن ابن عباس قال : لا تتبايعوا إلى الحصاد والدياس ، ولا تتبايعوا إلا إلى شهر معلوم. ولأن ذلك يختلف ويبعد ويقرب ، فلم يجز جعله أجلاً ، كقدوم زيد . وعنه : أنه قال : أرجو أن لا يكون به بأس ، لأن ابن عمر كان يبتاع إلى العطاء ، ولأنه لا يتفاوت تفاوتاً كثيراً ، فإن أسلم إلى العطاء يريد به وقته ، وكان معلوماً ، جاز ، وإن أراد نفس العطاء، لم يصح لأنه يختلف .

الامر الثالث : أن تكون مدة لها وقع في الثمن ، كالشهر ونصفه ونحوه فأما اليوم ونحوه ، فلا يصح التأجيل به ، لأن الأجل إنما اعتبر ليتحقق المرفق ولا يتحقق إلا بمدة طويلة . فإن أسلم في جنس إلى أجلين أو آجال ، مثل أن يسلم في خبز ولحم، يأخذ كل يوم أرطالاً معلومة ، جاز ، لأن كل بيع جاز إلى أجل جاز إلى آجال ، كبيوع الأعيان . ويجوز أن يسلم في جنسين إلى أجل واحد لما ذكرنا .

فصل

الشرط الرابع : أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله ، مأمون الانقطاع فيه ، لأن القدرة على التسليم شرط ، ولا تتحقق إلا بذلك ، فلو أسلم في العنب إلى شباط ، لم يصح ، لأنه لا يوجد فيه إلا نادراً . ولا يصح السلم في ثمرة بستان بعينه ، ولا قرية صغيرة ، لما روي عن النبي ﷺ أنه أسلف إليه رجل من اليهود دنانير في تمر مسمى ، فقال اليهودي : من تمر حائط بني فلان ، فقال النبي ﷺ «أما من حائط بني فلان فلا ، ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى» رواه ابن ماجه. ولانه لا يؤمن تلفه ، فلم يصح ، كما لو قدره بمكيال معين ، ولا يصح السلم في عين لذلك ، ولأن الأعيان لا تثبت في الذمة .

فصل

الشرط الخامس : أن يضبط بصفاته التي يختلف الثمن بها ظاهراً ، فيذكر الجنس والنوع ، والجودة والرداءة ، والكبر والصغر ، والطول والقصر والعرض والسمك ، والنعومة والخشونة ، واللين والصلابة ، والرقة والصفاقة والذكورية والانوثية ، والسن والبكارة ، والثيوبة واللون والبلد ، والرطوبة واليبوسة ، ونحو ذلك مما يقبل هذه الصفات ، ويختلف بها ، ويرجع فيما لا يعلم منها إلى تفسير أهل الخبرة، فإن شرط الأجود منها، لم يصح ، لأنه يتعذر عليه

الوصول إليه ، فإن وصل إليه كان نادراً . وإن شرط الأردأ ففيه وجهان . أحدهما : لا يصح لذلك . والثاني : يصح ، لانه يمكنه تسليم المسلم ، أو خير منه من جنسه ، فيلزم المسلم قبوله . وإن أسلم في جارية وابنتها ، لم يصح ، لأنه يتعذر وجودهما على ماوصف ، وإن استقصى صفات السلم بحيث يتعذر وجوده ، لم يصنح ، لأنه عز تسليمه .

فصل

الشرط السادس : أن يقبض رأس مال السلم في مجلس العقد قبل تفرقهما لقول النبي ﷺ « من أسلف فليسلف في كيل معلوم » والإسلاف : التقديم ، ولأنه إنما سمي سلماً وسلفاً ، لما فيه من تقديم رأس المال ، فإذا تأخر لم يكن سلماً ، فلم يصح ، ولانه يصير بيع دين بدين ، فإن تفرقا قبل قبضه ، بطل . وإن تفرقا قبل قبض بعضه . بطل فيما لم يقبض ، وفي المقبوض وجهان ، بناء على تفريق الصفقة ، ويجوز أن يكون في الذمة ، ثم يقيله في المجلس ويسلمه . ويجب أن يكون معلوماً ، كالثمن في البيع ، فإن كان معيناً ، فظاهر كلام الخرقي أنه يكتفي برؤيته ، لأنه ثمن عرض معين ، أشبه ثمن المبيع . وقال القاضي : لابد من وصفه ، لقول أحمد : ويصف الثمن ، ولأنه عقد لا يمكن إتمامه ، وتسليم المعقود عليه في الحال ، ولا يؤمن انفساخه ، فوجب معرفة رأس المال بالصفات ، ليرد بدله ، كالقرض في الشركة ، فعلى هذا لا يجوز أن يكون رأس المال إلا ما يجوز أن يسلم فيه ، لأنه يعتبر ضبط صفاته ، فأشبه المسلم فيه .

فصل

وكل ما لين جاز النساء بينها ، جاز إسلام أحدهما في الآخر ، وما لا فلا ، فعلى قولنا يجوز النساء في العروض ، لأنه يصح إسلام عرض في عرض وفي ثمن ، فإن أسلم عرضاً في آخر بصفة ، فجاءه به عند المحل ، ففيه وجهان . أحدهما : يلزمه قبوله ، لأنه أتاه بالمسلم فيه ، فلزم قبوله كغيره . والثاني : لا يلزم قبوله ، لأنه يفضي إلى كون الثمن هو المثمن . وإن أسلم صغيراً في كبير ، فحل السلم ، وقد صار الصغير على صفة الكبير ، فعلى الوجهين .

فصل

ولا يشترط وجود المسلم فيه قبل المحل ، لا حين العقد ولا بعده ، لأن النبي ﷺ قدم المدينة ، وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين ، فلم ينههم عنه ، وفي الثمار ما ينقطع في أثناء السنة ، فلو حرم لبينه ، ولأنه يثبت في الذمة ويوجد عند المحل، فصح السلم فيه ، كالموجود في جميع المدة .

فصل

ولا يشترط ذكر مكان الإيفاء ، لأن النبي ﷺ لم يذكره في حديث ابن عباس ، ولا في حديث زيد بن سعنة ، ولأنه عقد معاوضة ، أشبه البيع .

ويكون الإيفاء في مكان العقد ، كالبيع فإن كان السلم في موضع لا يمكن الوفاء فيه ، كالبرية، تعين ذكر مكان الإيفاء ، ولأنه لا بد من مكان ، ولا قرينة تعين ، فوجب تعيينه بالقول . وإن كان في موضع يمكن الوفاء فيه ، فشرطه كان تأكيداً ، وإن شرطا مكاناً سواه ، ففيه روايتان . إحداهما : لا يصح ، لأنه ينافي مقتضى العقد . والثانية : يصح ، لأنه عقد بيع ، فصح شرط مكان الإيفاء فيه كالبيع ، وبهذا ينتقض دليل الأولى .

فصل

يجب تسليم السلم عند المحل على أقل ما وصف به ، سليماً من العيوب والغش ، فإن كان في البر قليل تراب، أو دقيق تبن لا يأخذ حظاً من الكيل ، وجب قبوله ، لأنه لا ينقصه . وإن نقص الكيل ، لم يلزم قبوله ، لأنه دون حقه . وإن أحضره بصفته ، وجب قبوله ، وإن تضمن ضرراً ، لأنه حقه ، فوجب قبوله كالوديعة ، فإن امتنع دفعه إلى الحاكم ، وبرىء لذلك ، فإن كان أجود من حقه في الصفة ، لزم قبوله ، لأنه زاده خيراً ، وإن طلب عن الزيادة عوضاً لم يجز ، لأنها صفة ، ولا يجوز إفراد الصفات بالبيع . وإن جاءه بأردأ من حقه ، لم يجب قبوله ، وجاز أخذه ، وإن أعطاه عوضاً عن الجودة الفائتة ، لم يجز لذلك ، ولأنه بيع جزء من السلم قبل قبضه . وإن أعطاه غير المسلم فيه ، لم يجز أخذه ، لأن النبي ﷺ قال : « من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره »

رواه أبو داود . ولأنه بيع السلم قبل قبضه ، فلم يجز كما لو أخذ عنه ، وقال ابن أبي موسى رواية أخرى فيمن أسلم في بر ، فرضي مكانه شعيراً مثل كيله : جاز ، ولعل هذا على رواية كون البر والشعير جنساً ، والصحيح غيرها . وإن أعطاه غير نوع السلم ، جاز قبوله ، ولا يلزم . وقال القاضي : يلزم قبوله إذا لم يكن أدنى من النوع الذي شرطه ، لأنه من جنسه ، فأشبه الزائد في الصفة من نوع واحد ، والأول أصح ، لأنه لم يأت بالشروط ، فلم يلزم قبوله كالأدنى بخلاف الزائد في الصفة، فإنه أحضر المشروط مع زيادة ، ولأن أحد النوعين يصلح لما لا يصلح له الآخر بخلاف الصفة .

فصل

فإن أحضره قبل محله ، أو في غير مكان الوفاء ، فاتفقا على أخذه، جاز . وإن أعطاه عوضاً عن ذلك ، أو نقصه من السلم ، لم يجز ، لأنه بيع الأجل والحمل . وإن عرضه عليه ، فأبى أخذه لغرض صحيح ، مثل أن تلزمه مؤنة لحفظه أو حمله أو عليه مشقة ، أو يخاف تلفه ، أو أخذه منه، لم يلزمه أخذه . وإن أباه لغير غرض صحيح، لزمه ، لأنه زاده خيراً ، فإن امتنع رفع الأمر إلى الحاكم ، ليأخذه ، لما روي أن أنساً : كاتب عبداً له على مال، فجاءه به قبل الأجل ، فأبى أن يأخذه ، فأتى عمر رضي الله عنه ، فأخذه منه ، وقال : اذهب فقد عتقت . ولأنه زاده خيراً .

فصل

وإذا قبضه بما قدره به من كيل أو غيره ، برىء صاحبه . وإن قبضه جزافاً،قدره، فأخذ حقه، ورد الفضل ، أو طالب بتمام حقه ، إن كان ناقصاً . وهل له التصرف في قدر حقه قبل تقديره ؟ على وجهين . أحدهما : له ذلك ، لانه قدر حقه وقد أخذه ، ودخل في ضمانه . والثاني : ليس له ذلك ، لأنه لم يقبضه القبض المعتبر . وإن اختلفا في القبض ، فالقول قول المسلم ، لأنه منكر . وإن اختلفا في حلول الأجل ، فالقول قول المسلم إليه لأنه منكر .

فصل

وإن تعذر تسليم الثمن عندالمحل، فللمسلم الخيار بين أن يصبر إلى أن يوجد ، وبين فسخ العقد ، والرجوع برأس ماله ، إن كان موجوداً ، أو مثله ، إن كان مثلياً، أو قيمته إن لم يكن مثلياً وقيل : ينفسخ العقدبالتعذر لأن المسلم في ثمرة هذه العام وقد هلكت ، فانفسخ العقد ، كما لو اشترى قفيزاً من صبرة ، فهلكت . والأول اصح ، لأن السلم في الذمة لا في عين ، وإنما لزمه الدفع من ثمرة هذا العام ، لتمكنه من دفع الواجب منها ، فإن تعذر البعض ، فله الخيرة بين الصبر بالباقي ، وبين الفسخ في الجميع . وله أخذ

الموجود ، والفسخ في الباقي في أصح الوجهين ، لأنه فسخ في بعض المعقود عليه أشبه البيع ، وفي الآخر : لا يجوز ، لأن السلم يقل فيه الثمن لأجل التأجيل ، فإذا فسخ في البعض ، بقي البعض بالباقي من الثمن ، وبمنفعة الجزء الذي فسخ فيه ، فلم يجز . كما لو شرطه في ابتداء العقد . وتجوز الإقالة في السلم كله إجماعاً وتجوز في بعضه ، لأن الإقالة معروف ، جاز في الكل ، فجاز في البعض كالإبراء . وعنه : لا يجوز ، لما ذكرنا في الفسخ ، والأول أصح ، لأن باقي الثمن يستحق باقي العوض . فإذا فسخ العقد ، رجع بالثمن ، أو ببدله إن كان معدوماً . وليس له صرفه في عقد آخر قبل قبضه ، لقول النبي ﷺ «من أسلم في شيء ، فلا يصرفه إلى غيره» . وقال القاضي : يجوز أخذ العوض عنه ، لأنه عوض مستقر في الذمة ، فأشبه القرض . فعلى هذا يكون حكمه حكم القرض على ما سيأتي .

فصل

ولا يجوز بيع السلم قبل قبضه ، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه ، وعن بيع مالم يضمن . رواه الترمذي وقال : حديث حسن صحيح . ولأنه مبيع لم يدخل في ضمانه ، فلم يجز بيعه ، كالطعام قبل قبضه . ولا تجوز التولية فيه ، ولا الشركة ، لما ذكرنا في الطعام ، ولا الحوالة به ، لأنها إنما تجوز بدين مستقر ، والسلم بعوض الفسخ . ولا تجوز الحوالة على من عليه سلم ، لأنها

معاوضة بالسلم قبل قبضه . ولا يجوز بيع السلم من بائعه قبل قبضه ، لقول النبي ﷺ « من أسلم في شيء ، فلا يصرفه إلى غيره » ولانه بيع للمسلم فيه ، فلم يجز كبيعه من غيره .

فصل

وإذا قبضه فوجده معيباً ، فله رده وطلب حقه، لأن العقد يقتضي السلامة وقد أخذ المعيب عما في الذمة ، فإذا رده ، رجع إلى ما في الذمة . وإن حدث به عيب عنده ، فهو كما لو حدث العيب في المبيع بعد قبضه على ما مضى .

باب القرض

ويسمى سلفاً ، وأجمع المسلمون على جوازه واستحبابه للمقرض . وروى ابن مسعود أن النبي ﷺ قال « مامن مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين إلا كان كصدقة مرة» رواه ابن ماجه. ويصح بلفظ القرض ، وبكل لفظ يؤدي معناه . نحو أن يقول : ملكتك هذا على ان ترد بدله ، فإن لم يذكر البدل ، فهو هبة . وإذا اختلفا ، فالقول قول المملك ، لأن التمليك بغير عوض هبة . ويثبت الملك في القرض بالقبض ، لأنه عقد يقف التصرف فيه على القبض فوقف الملك عليه ، كالهبة. ولا خيار فيه ، لأن المقرض دخل على بصيرة أن

الحظ لغيره ، فهو كالواهب . ويصح شرط الرهن فيه ، لأن النبي ﷺ رهن درعه على شعير أخذه لأهله . متفق عليه . وإن شرط فيه الأجل ، لم يتأخر ، ووقع حالاً ، لأن التأجيل في الحال عدة وتبرع ، فلا يلزم ، كتأجيل العارية . وإن أقرضه تفاريق ، ثم طالبه به جملة ، لزم المقترض ذلك لما قلناه . فإن أراد المقرض الرجوع في عين ماله ، وبذل المقترض مثله ، فالقول قول المقترض لأن الملك قد زال عن العين بعوض . فأشبه البيع اللازم . وإن أراد المقترض رد عين المال ، لزم المقرض قبوله ، لانه بصفة حقه ، فلزمه قبوله . كما لودفع إليه المثل .

فصل

ويصح قرض كل ما يصح السلم فيه ، لانه يملك بالبيع ، ويضبط بالصفة ، فصح قرضه كالمكيل ، إلا بني آدم ، فإن أحمد رضي الله عنه كره قرضهم ، فيحتمل التحريم . اختاره القاضي ، لأنه لم ينقل ، ولا هو من المرافق ، ولأنه يفضي إلى أن يقترض جارية يطؤها ، ثم يردها ، ويحتمل الجواز . لأن السلم فيهم صحيح ، فصح قرضهم كالبهائم . فأما مالا يصح السلم فيه ، كالجواهر ، ففيه وجهان، أحدهما: لا يجوز. ذكره أبو الخطاب ، لأن القرض يقتضي رد المثل وهذا لا مثل له . والثاني : يجوز، قاله القاضي ، لأن مالا مثل له تجب قيمته . والجواهر كغيرها في القيمة . ولا يجوز القرض إلا في معلوم القدر ، فإن

أقرضه فضة لا يعلم وزنها ، أو مكيلاً لا يعلم كيله ، لم يجز ، لأن القرض يقتضي رد المثل ، وإذا لم يعلم ، لم يتمكن من القضاء .

فصل

ويجب رد المثل في المثليات ، لانه يجب مثله في الإتلاف ، ففي القرض أو لى . فإن أعوز المثل ، فعليه قيمته ، لأنها حينئذ ثبتت في الذمة. وفي غير المثلي وجهان . أحدهما : يرد القيمة ، لأن ما أو جب المثل في المثلي أو جب القيمة في غيره ، كالإتلاف . والثاني : يرد المثل ، لما روى أبو رافع أن النبي ﷺ استسلف من رجل بكراً ، فقدمت عليه إبل للصدقة ، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره ، فرجع إليه أبو رافع ، فقال : يارسول الله لم أجد فيها إلا خياراً رباعيا ، فقال « أعطه إياه ، فان من خير الناس أحسنهم قضاء » رواه مسلم. ولأن مايثبت في الذمة في السلم يثبت ، في القرض ، بخلاف الإتلاف ، فإنه عدول ، فأوجب القيمة ، لأنه أحصر. والقرض ثبت للمرفق ، فهو أسهل . فعلى هذا يعتبر مثله في الصفات تقريباً ، فإن قلنا : يرد القيمة اعتبرت حين القرض ، لأنها حينئذ تجب .

فصل

ويجوز قرض الخبز ، ورد مثله عدداً بغير وزن في الشيىء اليسير. وعنه: لا يجوز إلا بالوزن ، قياساً على الموزونات . ووجه الأول ما روت عائشة

قالت : قلت: يارسول الله إن الجيران يقترضون الخبز والخمير ، فيردون بزيادة ونقصان . فقال : « لا بأس إنما ذلك من مرافق الناس » وعن معاذ : أنه سئل عن اقتراض الخبز والخمير فقال : سبحان الله إنما هذا من مكارم الاخلاق ، فخذ الكبير وأعط الصغير، وخذ الصغير وأعط الكبير،خيركم أحسنكم قضاء، سمعت رسول الله ﷺ يقول ذلك . رواهما أبو بكر في «الشافي» .

فصل

فلو أقرضه فلوساً ، أو مكسرة ، فحرمها السلطان وتركت المعاملة بها ، فعليه قيمتها يوم أخذها ، نص عليه ، لأنه منع إنفاقها ، فأشبه تلف أجزائها . فإن لم تترك المعاملة بها ، لكن رخصت ، فليس له إلا مثلها ، لأنها لم تتلف ، إنما تغير سعرها ، فأشبهت الحنطة إذا رخصت .

فصل

ولا يجوز أن يشترط في القرض شرطاً يجر به نفعاً ، مثل أن يشترط رد أجود منه أو أكثر ، وأن يبيعه ، وأن يشتري منه ، أو يؤجره ، أو يستأجر منه ، أو يهدي له، أو يعمل له عملاً ونحوه ، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع وسلف. رواه أبو داود . وعن أبي بن كعب وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم أنهم نهوا عن قرض جر منفعة . ولأنه عقد إرفاق ، وشرط ذلك يخرجه عن

موضوعه . وإن شرط أن يوفيه في بلد آخر ، ويكتب فيه سفتجة إلى بلد في حمله إليه نفع ، لم يجز لذلك ، فإن لم يكن لحمله مؤنة ، فعنه: الجواز ، لأن هذا ليس بزيادة قدر ولا صفة ، فلم يفسد به القرض ، كشرط الأجل . وعنه : في السفتجة مطلقاً روايتان . لأنها مصلحة لهما جميعاً . وإن شرط رد دون ما أخذ ، لم يجز لأنه ينافي مقتضاه ، وهو رد المثل ، فأشبه شرط الزيادة . ويحتمل أن لا يبطل ، لأن نفع المقترض لا يمنع منه ، لأن القرض إنما شرع رفقاً به، فأشبه شرط الأجل ، بخلاف الزيادة . وكل موضع بطل الشرط فيه ، ففي القرض وجهان . أحدهما : يبطل، لأنه قد روي « كل قرض جر منفعة ، فهو ربا » والثاني : لا يبطل ، لأن القصد إرفاق المقترض . فإذا بطل الشرط ، بقي الإرفاق بحاله .

فصل

وإن وفى خيراً منه في القدر ، أو الصفة من غير شرط ، ولا مواطأة، جاز لحديث أبي رافع . وإن كتب له به سفتجة ، أو قضاه في بلد آخر ، أو أهدى إليه هدية بعد الوفاء ، فلا بأس لذلك . وقال ابن أبي موسى : إن زاده مرة ، لم يجز أن يأخذ في المرة الثانية وجهاً واحداً . ولا يكره قرض المعروف ، لحسن القضاء . وذكر القاضي وجهاً في كراهته ، لأنه يطمع في حسن عادته . والأول أصح، لأن النبي ﷺ كان معروفاً بحسن القضاء ، فلم يكن قرضه

مكروها ، ولأن خير الناس أحسنهم قضاء ، ففي كراهة قرضه تضييق على خير الناس، وذوي المروآت .

فصل

وإن أهدى له قبل الوفاء من غير عادة ، أو استأجر منه بأكثر من الأجرة ، أو أجره شيئا بأقل ، أو استعمله عملاً، فهو خبيث إلا أن يحسبه من دينه ، لما روى الأثرم : أن رجلاً كان له على سماك عشرون درهماً،فجعل يهدي إليه السمك ويقومه ، حتى بلغ ثلاثة عشر درهماً ، فسأل ابن عباس فقال: أعطه سبعة دراهم. وروى ابن ماجه عن أنس قال : قال رسول الله ﷺ « إذا أقرض أحدكم قرضاً فأهدي إليه ، أو حمله على الدابة ، فلا يركبها ولا يقبله ، إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك » فإن كان بينهما عادة بذلك قبل القرض ، أو كافأه ، فلا بأس ، لهذا الحديث .

فصل

فإن أفلس غريمه، فأقرضه ليوفيه كل شهر شيئاً منه، جاز،لانه إنما انتفع باستيفاء ما يستحق استيفاؤه . ولو كان له طعام عليه ، فأقرضه ما يشتريه به ويوفيه ، جاز لذلك . ولو أراد تنفيذ نفقة إلي عياله ، فأقرضها رجلاً ليوفيها لهم ، فلا بأس . لأنه مصلحة لهما ، لا ضرر فيه ، ولا يرد الشرع بتحريم ذلك .

قال القاضي : ويجوز قرض مال اليتيم للمصلحة ، مثل أن يقرضه في بلد ليوفيه في بلد آخر، ليربح خطر الطريق . وفي معنى هذا :قرض الرجل فلاحه حباً يزرعه في أرضه ، أو ثمناً يشتري به بقراً وغيرها ، لأنه مصلحة لهما . وقال ابن أبي موسى : هذا خبيث .

فصل

وإذا قال المقرض : إذا مت ، فأنت في حل ، فهي وصية صحيحة . وإن قال : إن مت ، فأنت في حل ، لم يصح ، لانه إبراء علق على شرط . وان قال: اقترض لي مائة ولك عشرة، صح ، لأنها جعالة على ما بذله من جاهه. وإن قال: تكفل عني بمائة ولك عشرة ، لم يجز، لأنه يلزمه أداء ما كفل به، فيصير له على المكفول ، فيصير بمنزلة من أقرضه مائة ، فيصير قرضاً جر نفعا . ولو أقرضه تسعين عدداً بمائة عدداً ، وزنهما واحد ، وكانت لا تتفق رؤوسها ، فلا بأس به ، لأنه لا تفاوت بينهما في قيمة ولا وزن ، وإن كانت تتفق في موضع برؤوسها ، لم يجز ، لانها زيادة.

فصل

فإن أقرضه نصف دينار ، فأتاه بدينار صحيح، وقال : خذ نصفه وفاء ، ونصفه وديعة ، أو سلماً ، جاز. وإن امتنع من أخذه ، لم يلزمه ، لأنه عليه ضرر

في الشركة . والسلم عقد يعتبر فيه الرضى ، ولو أقرضه نصفاً قراضة على أن يوفيه نصفاً صحيحاً ، لم يجز ، لأنه شرط زيادة . والله أعلم .

باب الرهن

وهو : المال يجعل وثيقة بالدين المستوفى منه إن تعذر وفاؤه من المدين ويجوز في السفر ، ـ لقول الله تعالى(وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة) البقرة : ٢٨٣ . ـ وفي الحضر ، لما روت عائشة أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه . ولأنه وثيقة جازت في السفر ، فتجوز في الحضر كالضمان والشهادة .

فصل

ويجوز الرهن بعوض القرض ، للآية . وبثمن المبيع ، للخبر . وكل دين يمكن استيفاؤه منه . كالأجرة ، والمهر ، وعوض الخلع ، ومال الصلح ، وأرش الجناية والعيب ، وبدل المتلف . قياساً على الثمن ، وعوض القرض وفي دين المسلم روايتان . إحداهما : يصح الرهن به للآية والمعنى . والأخرى : لا يجوز ، لأنه لا يأمن هلاك الرهن بعدوان ، فيصير مستوفياً حقه من غير المسلم فيه . وقد قال النبي ﷺ «من أسلم في شيء ، فلا يصرفه إلى غيره» .

فصل

ولا يجوز الرهن بمال الكتابة ، لأنه غريم لازم. فإن للعبد تعجيز نفسه ، ولا يمكن استيفاؤه من الرهن ، لأنه لو عجز ، صار هو والرهن لسيده . ولا يجوز بما يحمل العاقلة من الدية قبل الحول ، لأنه لم يجب ، ولا يعلم أن مآله إلى الوجوب ، فإنه يحتمل حدوث ما يمنع وجوبه . ويجوز الرهن به بعد الحول ، لأنه دين مستقر . ولا يجوز بالجعل في الجعالة قبل العمل ، لعدم الوجوب ، ويجوز بعده . وقال القاضي : يحتمل جواز الرهن به قبل العمل لأن مآله إلى الوجوب . ولا يصح الرهن بما ليس بثابت في الذمة ، كالثمن المتعين ، والأجرة المتعينة ، والمنافع المعينة . نحو أن يقول : أجزتك داري هذه شهراً ، لأن العين لا يمكن استيفاؤها من الرهن ، ويبطل العقد بتلفها . وقياس هذا أنه لا يصح الرهن بالأعيان المضمونة ، كالمغصوب والعارية والمقبوض على وجه السوم ، لتعذر استيفاء العين من الرهن . وإن جعله بقيمتها كان رهناً بما لم يجب . ولا يعلم أن مآله إلى الوجوب . وقال القاضي : قياس المذهب صحة الرهن بها ، لصحة الكفالة بها .

فصل

ويصح الرهن بالحق بعد ثبوته . لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين) البقرة : ٢٨٢ . إلى قوله (فرهان مقبوضة) . ومع ثبوته وهو أن يشترط الرهن في عقد البيع والقرض ، لأن الحاجة داعية إليه . فإنـــه لو لم يشترطه ، لم يلزم الغريم الرهن . وإن رهن قبل الحق ، لم يصح في ظاهر المذهب . اختاره أبو بكر والقاضي ، لأنه تابع للدين ، فلا يجوز قبله كالشهادة . واختار أبو الخطاب : صحته . فإذا دفع إليه رهناً على عشرة دراهم يقرضها إياه ، ثم أقرضه ، لزم الرهن ، لأنه وثيقة بحق ، فجاز عقدها قبله كالضمان .

فصل

ولا يلزم الرهن من جهة المرتهن ، لأن العقد لحظه وحده ، فكان له فسخه كالمضمون له . ويلزم من جهة الراهن ، لان الحظ لغيره فلزم من جهته ، كالضمان في حق الضامن ، ولأنه وثيقة فأشبه الضمان . ولا يلزم إلا بالقبض ، لقول الله تعالى (فرهان مقبوضة) البقرة : ٢٨٣ . ولانه عقد إرفاق ، فافتقر إلى القبض كالقرض . وعنه في غير المكيل والموزون : أنه يلزم بمجرد العقد ، قياساً على البيع . والأول : المذهب ، لأن البيع معاوضة ، وهذا إرفاق ، فهو

أشبه بالقرض . وإذا كان الرهن في يد الراهن ، لم يجز قبضه إلا بإذنه ، لأنه له قبل القبض ، فلا يملك المرتهن إسقاط حقه بغير إذنه ، كالموهوب . وإن كان في يد المرتهن ، فظاهر كلامه لزومه ، بمجرد العقد ، لأن يده ثابتة ، وإنما يعتبر الحكم فقط ، فلم يحتج إلى قبض ، كما لو منع الوديعة صارت مضمونة . وقال القاضي وأصحابه : لا يلزم حتى تمضي مدة يتأتى قبضه فيها ، ولو كان غائباً ، لا يصير مقبوضاً حتى يوافيه هو أو وكيله ، ثم تمضي مدة يمكن قبضه فيها ، لأن العقد يفتقر إلى القبض ، ولا يلزم القبض إلا بفعله ، أو إمكانه، ثم هل يفتقر إلى إذن الراهن في القبض ، على وجهين . أحدهما : لا يفتقر إليه ، لأن إقراره عليه كإذنه فيه .

والثاني : يفتقر ، لأنه قبض يلزم به عقد غير لازم ، فافتقر إلى الإذن كما لو لم يكن في يده .

فصل

وإذا أذن في القبض ، ثم رجع عنه قبل القبض ، أو قبل مضي مدة يتأتى القبض فيها ، لما في يده ، فهو كمن لم يأذن ، لأن الإذن قد زال . وإن أذن فيه ثم جن أو أغمي عليه ، زال الإذن ، لخروجه عن كونه من أهله . ويقوم ولي المجنون مقامه ، إن رأى الحظ في القبض ، أذن فيه ، وإلا فلا . وإن تصرف الراهن في الرهن قبل قبضه ، بعتق أو هبة أو بيع أو جعله مهراً ، بطل الرهن،

لأن هذه التصرفات تمنع الرهن ، فانفسخ بها . وإن رهنه ، بطل الأول ، لأن المقصود منه ينافي الأول . وإن دبره ، أو أجره أو زوج الأمة ، لم يبطل الرهن لأن هذه التصرفات لا تمنع البيع ، فلا تمنع صحة الرهن . وإن كاتب العبد ، ـ وقلنا: يصح رهن المكاتب ، ـ لم يبطل بكتابته . لأنه لا ينافيها . وإن قلنا: لا يصح رهنه ، بطل بها لتنافيها .

فصل

وإن مات أحد المتراهنين ، لم يبطل الرهن ، لأنه عقد لا يبطله الجنون ، أو مآله الى اللزوم ، فلم يبطله الموت كبيع الخيار . ويقوم وارث الميت مقامه في الإقباض والقبض ، فإن لم يكن على الراهن دين سوى دين الرهن ، فلوارثه إقباضه . وان كان عليه دين سواه ، فليس له إقباضه ، لأنه لا يملك تخصيص بعض الغرماء برهن . وعنه: له إقباضه ، لأن المرتهن لم يرض بمجرد الذمة ، بخلاف غيره . والأول أولى ، لأن حقوق الغرماء تعلقت بالتركة قبل لزوم حقه ، فلم يجز تخصيصه بغير رضاهم ، كما لو أفلس الراهن ، فإن أذن الغرماء في إقباضه ، جاز لأن الحق لهم ، فإذا قبضه ، لزم ، سواء مات قبل الإذن في القبض أو بعده .

فصل

وان حجر على الراهن قبل القبض ، لم يملك إقباضه فإن كان الحجر لسفه ، قام وليه مقامه كما لو جن ، وإن كان لفلس ، لم يجز لأحد إقباضه إلا بإذن الغرماء ، لأن فيه تخصيص المرتهن بثمنه دونهم .

فصل

ومتى امتنع الراهن من إقباضه ، وقلنا : إن القبض ليس بشرط في لزومه أجبره الحاكم . وإن قلنا :هو شرط، لم يجبره ، وبقي الدين بغير رهن . وهكذا إن انفسخ الرهن قبل القبض ، إلا أن يكون مشروطاً في بيع ، فيكون للبائع الخيار بين فسخ البيع وإمضائه ، لأنه لم يسلم له ما شرط ، فأشبه ما لو شرط صفة في المبيع فبان بخلافها . وإن قبض الرهن، فوجده معيباً ، فله الخيار ، لأنه لم يسلم له ما شرط . فإن رضيه معيباً ، فلا أرش له، لأن الرهن إنما لزم فيما قبض دون الجزء الفائت . وإن حدث العيب ، أو تلف الرهن في يد المرتهن ، فلا خيار له ، لأن الراهن قد وفى له بما شرطه ، فإن تعيب عنده ، ثم أصاب به عيباً قديماً ، فله رده ، وفسخ البيع ، لأن العيب الحادث عنده لا يجب ضمانه على المرتهن وخرجه القاضي على الروايتين في البيع . وإن علم بالعيب بعد تلفه ، لم يملك فسخ البيع ، لأنه قد تعذر عليه رد الرهن ، لهلاكه .

فصل

ولا ينفك شيء من الرهن حتى يقضى جميع ديونه ، لأنه وثيقة به ، فكان وثيقة بكل جزء منه كالضمان. فإن رهن شيئاً من رجلين، أو رهن رجلان رجلاً شيئاً ، فبرىء أحدهما، أو برىء الراهن من دين أحدهما ، انفك نصف الرهن ، لأن الصفة التي في أحد طرفيها عاقدان فلا يقف انفكاك أحدهما على انفكاك الآخر ، كما لو فرق بين العقدين . وإن أراد الراهن مقاسمة المرتهن في الأولى ، أو أراد الراهنان القسمة في الثانية ولا ضرر فيها ، كالحبوب والأدهان، أجبر الممتنع عليها ، وإن كان فيها ضرر ، لم يجبر عليها ، كغير الرهن، ويبقى الرهن مشاعاً .

فصل

واستدامة القبض كابتدائه في الخلاف في اشتراطه. للآية ، ولأنها إحدى حالتي الرهن ، فأشبهت الابتداء ، فإن قلنا باشتراطه ، فأخرجه المرتهن عن يده باختياره إلى الراهن ، زال لزومه ، وبقي كالذي لم يقبض ، مثل أن أجَرَه إياه ، أو أودعه ، أو أعاره أو غير ذلك . فإن رده الراهن إليه ، عاد اللزوم بحكم العقد السابق ، لأنه أقبضه باختياره ، فلزم كالأول . وإن أزيلت يد المرتهن بعدوان، كغضب ونحوه ، فالرهن بحاله ، لأن يده ثابتة حكماً ، فكأنها لم تزل .

فصل

والرهن أمانة في يد المرتهن ، إن تلف بغير تعدمنه، لم يضمنه ، ولم يسقط شيء من دينه ، لما روى الأثرم عن سعيد بن المسيب قال : قضى أن الرهن لا يغلق ، والرهن ممن رهنه . ولأنه وثيقة بدين ليس بعوض عنه ، فلم يسقط بهلاكه كالضامن . وإن كان الرهن فاسداً ، لم يضمنه ، لأن ما لا يضمن بالعقد الصحيح ، لا يضمن بالعقد الفاسد . وإن وقت الرهن ، فتلف بعد الوقت ، ضمنه ، لأنه مقبوض بغير عقد . وإن رهنه مغصوباً ، لم يعلم به المرتهن ، فهل للمالك تضمين المرتهن ؟ فيه وجهان . أحدهما : لا يضمنه ، لأنه دخل على أنه أمين . والثاني : يضمنه ، لأنه قبضه من يد ضامنه ، فإذا ضمنه رجع على الراهن في أحد الوجهين ، لأنه غره . والثاني : لا يرجع ، لأن التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه ، وإن ضمن الراهن ، فهل يرجع على المرتهن ؟ على وجهين إن قلنا : يرجع المرتهن ، لم يرجع الراهن ، وإن قلنا: لا يرجع ثم ، رجع هاهنا وإن انفك الرهن بقضاء أو إبراء ، بقي الرهن أمانة ، لأن قبضه حصل بإذن مالكه ، لا لتخصيص القابض بنفعه .

فصل

إذا حل الدين فوفاه الراهن ، انفك الرهن . وإن لم يوفه وكان قد أذن في بيع الرهن ، بيع واستوفي الدين من ثمنه . وما بقي ، فله . وإن لم يأذن ،

طولب بالإيفاء أو بيعه . فإن أبى ، أو كان غائباً ، فعل الحاكم مايراه من إجباره على البيع ، أو القضاء، أو بيع الرهن بنفسه ، أو بأمينه والله أعلم.

بابُ ما يصُح رهنه وما لا يصُح

يصح رهن كل عين يصح بيعها ، لأن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين باستيفائه من ثمنه عند تعذر استيفائه من الراهن، وهذا يحصل مما يجوز بيعه. ويصح رهن المتاع ، لأنه يجوز بيعه، فجاز رهنه كالمفرز ، ثم إن اتفقا على جعله في يد المرتهن، أو يد عدل وديعة للمالك ، أو بأجرة، جاز. وإن اختلفا، جعله الحاكم في يد عدل وديعة لهما، أو يؤجره لهما محبوساً قدر الرهن للمرتهن، وإن رهن نصيبه من جزء من المشاع مما لا ينقسم ، جاز . وإن جازت قسمته ، احتمل جواز رهنه ، لأنه يصح بيعه ، واحتمل أن لا يصح ، لاحتمال أن يقتسماه ، فيحصل المرهون في حصة الشريك . ويصح رهن العبد المرتد والجاني ، لأنه يجوز بيعهما. وفي رهن القاتل في المحاربة وجهان ، بناء على بيعه . ويصح رهن المدبر في ظاهر المذهب، لظهوره في بيعه . ويصح رهن من علق عتقه بصفة توجد بعد حلول الدين ، لإمكان استيفائه من ثمنه . وإن كانت الصفة توجد قبل حلول الدين ، لم يجز رهنه ، لأنه لا يمكن استيفاؤه من ثمنه . وإن كانت تحتمل الأمرين ، احتمل أن

يصح رهنه ، لأن الأصل بقاء العقد ، والعتق قبله مشكوك فيه ،فهو كالمدبر. واحتمل أن لا يصح ، لأنه يحتمل العتق قبل حلول الأجل ، وهـــذا غرر لاحاجة إليه . فإن مات سيد المدبر وهو يخرج من الثلث ، أو وجدت الصفة ، عتق ، وبطل الرهن . ولا يصح رهن المـــكاتب ، لتعذر استدامة قبضه . ويتخرج أن يصح إن قلنا : استدامة الملك غير مشترطة ،وانه يصـــح بيعه ، ويكون مايؤديه من نجوم كتابته ، رهناً معه . وإن عتق ، بقي ما أداه رهناً ، كالقن إذا مات بعد الكسب ، وجميع هذه المعاني عيوب ،لها حكم غيرها من العيوب .

فصل

ويصح رهن مايسرع إليه الفساد ، لأنه مما يجوز بيعه ، وإيفاء دينه من ثمنه ، فأشبه الثياب، فإن كان الدين يحل قبل فساده ، بيع وقضي من ثمنه . وإن كان يفسد قبل الحلول ، وكان مما يمكن إصلاحه بالتجفيف ، كالعنب ، جفف . ومؤنة تجفيفه على الراهن ، لأنه من مؤنة حفظه ، فأشبه نفقة الحيوان . وإن كان مما لا يجفف ، فشرطا بيعه ، وجعل ثمنه رهناً ، فعلا ذلك . وإن لم يشرطا ذلك ، ففيه وجهان . أحدهما : يصح الرهن ويباع كما لو شرطاه ، لأن الحال تقتضي ذلك لكون المالك لايعرض ملكه للتلف ، فحمل مطلق العقد عليه، كما يحمل على تجفيف العنب . والثاني : لايصح ، لأن البيـــع إزالة ملكه قبل

حلول الحق ، فلم يجبر عليه كغيره . وإن شرط أن لا يباع ، فسد وجهاً واحداً ، لأنه إن وفى بشرطه ، لم يمكن إيفاء الدين من ثمنه ، وإن رهنه عصيراً ، صح لذلك ، فإن تخمر خرج من الرهن ، لأنه لاقيمة له . فإن عاد خلاً ، عاد رهناً لأن العقد كان صحيحاً ، فلما طرأ عليه معنى ، أخرجه عن حكمه ، ثم زال المعنى ؛ عاد الحكم كما لو ارتد أحد الزوجين ، ثم عاد في العدة عادت الزوجية . وإن كان استحالته قبل القبض ، لم يعد رهناً ، لأنه ضعيف ، فأشبه الردة قبل الدخول .

فصل

ويصح رهن الثمرة قبل بدو صلاحها ، والزرع الأخضر مطلقاً وبشرط التبقية ، لأن الغرر يقل فيه ، لاختصاصه بالوثيقة مع بقاء الدين بحاله ، بخلاف البيع . قال القاضي : ويصح رهن المبيع المكيل والموزون قبل قبضه ، لأن قبضه مستحق للمشتري ، فيمكنه قبضه ، ثم يقبضه وإنما منع من بيعه ، لئلا يربح فيما لم يضمنه وهو منهي عنه . وإن رهن ثمرة إلى محل تحدث فيه أخرى لا تتميز ، فالرهن باطل ، لأنه مجهول حين حلول الحق ، فلا يمكن إمضاء العقد على مقتضاه . وإن رهنها بدين حال ، أو شرط قطعها عند خوف اختلاطها ، جاز ، لأنه لاغرر فيه ، فإن لم يقطعها حتى اختلطت ، لم يبطل ، لأنه وقع صحيحاً .

لكن إن سمح الراهن ببيع الجميع ، أو اتفقا على قدر منه ، جاز . وإن اختلفا وتشاحا ، فالقول قول الراهن مع يمينه ، لأنه منكر .

فصل

ويصح رهن الجارية دون ولدها ، لأن الرهن لا يزيل الملك ، فلا يحصل التفريق فيه . فإن احتيج إلى بيعها ، بيع ولدها معها ، لأن التفريق بينهما محرم ، والجمع بينهما جائز ، فتعين . وللمرتهن من الثمن بقدر قيمة الجارية منه، وكونها ذات ولد عيب ،لأنه ينقص من ثمنها .

فصل

ولا يصح رهن مالا يجوز بيعه ، لما ذكرنا ، كالوقف وأم الولد ، والكلب ونحوها ، لأنه لا يمكن إيفاء الدين منه وهو المقصود . ولا يصح رهن مالا يقدر على تسليمه ، ولا المجهول الذي لا يجوز بيعه ، لأن الصفات مقصودة في الرهن لإيفاء الدين ، كما تقصد في البيع للوفاء بالثمن . ولا رهن مال غيره بغير إذنه ، ويتخرج جوازه ويقف على إجازة مالكه ، كبيعه . فإن رهن عيناً يظنها لغيره وكانت ملكه ، ففيه وجهان . أحدهما : يصح ، لأنه صادف ملكه . والثاني : لا يصح ، لأنه عقده معتقداً فساده . ولا يصح رهن المرهون من غير إذن المرتهن ، لأنه لا يملك بيعه في الدين الثاني ، فإن رهنه

عند المرتهن بدين آخـــر ، مثل أن رهنه عبداً على ألف ، ثم استدان منه ديناً آخر ، وجعل العبد رهناً بهما ، لم يصح ، لأنه رهن مستحق بدين ، فـلم يجز رهنه بغيره كما لو رهنه عند غير المرتهن .

فصل

ولا يصح رهن مالا يجوز بيعه من أرض الشام والعراق ونحوهما مما فتح عنوة في ظاهر المذهب ، لأنها وقف . وما فيها من بناء من ترابهـا ، فحكمه حكمها . وما جدد فيها من غراس وبناء من غير ترابها ، إن أفرده بالرهن ، ففيه روايتان . إحداهما : لا يصح ، لأنه تابع لما لا يجوز رهنه ، فهو كأساسات الحيطان . والثانية : يجوز ، لأنه مملوك غير موقوف ، وإن رهنه مع الأرض ، بطل في الأرض . والغراس والبناء وجهان بناء على تفريق الصفقة .

فصل

وفي رهن المصحف ، روايتان ، كبيعه . وإن رهنه أو رهن كتب الحديث ، أو عبداً مسلماً لكافر ، لم يصح ، لأنه لا يصح بيعه له ، ويحتمل أن يصح إذا شرطا كونه في يد مسلم ، ويبيعه الحاكم إذا امتنع مالكه ، لأن الرهن لا ينقل الملك إلى الكافر ، بخلاف البيع . ولا يجوز رهن المنافع ، لأنها تهلك إلى حلول الحق . ولو رهنه أجرة داره شهراً ، لم يصح ، لأنه مجهول . ولو رهن المكاتب من يعتق عليه ، لم يصح ، لأنه لا يملك بيعه .

باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل

وما يملكه الراهن ، وما لا يملكه ، وما يلزمه ، وما لا يلزمه . جميع نماء الرهن المنفصل والمتصل يدخل في الرهن ويباع معه ، لأنه عقد وارد على الأصل، فثبت حكمه في نمائه كالبيع ، أو نماء حادث من غير الرهن، أشبه المتصل. ولو ارتهن أرضاً، فنبت فيها شجر، دخل في الرهن ، لأنه من نمائها، سواء نبت بنفسه أو بفعل الراهن . ويدخل فيه الصوف واللبن الموجودان ، والحادثان ، لدخولهما في البيع . وإن رهنه أرضاً ذات شجر ، أو شجراً مثمراً، فحكمه في ذلك حكم البيع . وإن رهنه داراً فخربت ، فأنقاضها رهن ، لأنها من أجزائها . وإن رهنه شجراً ، لم تدخل أرضه في الرهن ، لأنها أصل فلا تدخل تبعاً .

فصل

ولا يملك الراهن التصرف في الرهن ، باستخدام ولا سكنى ، ولا إجارة ولا إعارة ، ولا غيرها بغير رضى المرتهن . ولا يملك المرتهن ذلك بغير رضى الراهن . فإن لم يتفقا على التصرف ، كانت منافعه معطلة تهلك تحت يد المرتهن حتى يفك ، لأن الرهن عين محبوسة على استيفاء حق ، فأشبهت المبيع

المحبوس على ثمنه . وإن اتفقا على إجارته او إعارته ، جاز في قول الخرقي وأبي الخطاب ، لأن يد المستأجر والمستعير نائبة عن يد المرتهن في الحفظ ، فجاز ، كما لو جعلاه في يد عدل . ولا فائدة في تعطيل المنافع ، لأنه تضييع مال نهى النبي ﷺ عنه . وقال أبو بكر : لا يجوز إجارته . فإن فعلا بطل الرهن ، لأن الرهن يقتضي الحبس عند المرتهن أو نائبه . فمتى وجد عقد يقتضي زوال الحبس ، بطل الرهن . وقال ابن أبي موسى : إن أجره المرتهن ، أو أعاره بإذن الراهن ، جاز . وإن فعل ذلك الراهن بإذن المرتهن ، فكذلك في أحد الوجهين . وفي الآخر يخرج من الرهن ، لأن المستأجر قائم مقام الراهن ، فصار كما لو سكنه الراهن .

فصل

ولا يمنع الراهن من إصلاح الرهن ، كمداواته بما لا يضر ، وفصده وحجمه عند حاجته إليه ، وودج الدابة وتبزيغها ، وإطراق الإناث عند حاجتها ، لأنه إصلاح لماله من غير ضرر ، فلم يمنع منه كالعلفة . وإن أراد قطع شيء من بدنه ، لخبيثة فيه ، وقال أهل الخبرة : الأحوط قطعها ، فله فعله . وإن ساووا الخوف في قطعها ، وتركها ، فامتنع أحدهما من قطعها ، فله ذلك ، لأن فيه خطراً بحقه . وللراهن مداواة الماشية من الجرب بما لا ضرر فيه ، كالقطران بالزيت اليسير ، وإن خيف ضرره كالكثير لم يملكه . وليس له قطع الاصبع

الزائدة والسلعة ، لانه يخاف منه الضرر ، وتركها لا يضر ، وليس له الختان ان كان لا يبرأ منه قبل محل الحق ، لأنه ينقص ثمنه . وإن كان يبرأ قبله والزمان معتدل ، لم يمنع منه ، لأنه يزيد به الثمن ، ولا يضر المرتهن . وليس للمرتهن فعل شيء من ذلك بغير رضى الراهن .

فصل

ولا يملك الراهن بيع الرهن ، ولا هبته ، ولا جعله مهراً ، ولا أجرة ولا كتابة العبد ، ولا وقفه ، لأنه تصرف يبطل به حق المرتهن من الوثيقة ، فلم يصح من الراهن بنفسه ، كالفسخ . وفي الوقف وجه آخر : أنه يصح ، لأنه يلزم لحق الله تعالى، أشبه العتق . والأول : الصحيح ، لأنه تصرف لا يسري إلى ملك الغير ، فلم يصح كالهبة . ولا يصح تزويج الرقيق . وقال القاضي : له تزويج الأمة . ويمنع الزوج وطأها والأول : أصح ، لأنه ينقص ثمنها فلم يصح ، كتزويج العبد .

فصل

ولا يجوز له عتق الرهن ، لأن فيه إضراراً بالمرتهن ، وإسقاط حقه اللازم ،فإن فعل،نفذ عتقه ، نص عليه ، لأنه محبوس ، لاستيفاء حق فنفذفيه عتق المالك ، كالمحبوس على ثمنه . وعنه : لا ينفذ عتق المعسر ، لأنه عتق في

ملكه، يبطل به حق غيره ، فاختلف فيه الموسر والمعسر ، كالعتق في العبد المشترك . فإن أعتق الموسر ، فعليه قيمته تجعل مكانه رهناً ، لأنه أبطل حق الوثيقة بغير إذن المرتهن ، فلزمته قيمته ، كما لو قتله . وإن أعتق المعسر ، فالقيمة في ذمته ، إن أيسر قبل حلول الحق ، أخذت منه رهناً ، وإن أيسر بعد حلول الحق ، طولب به خاصة ، لأن ذمته تبرأ به من الحقين معاً . وتعتبر القيمة حين الإعتاق ، لأنه حال الإتلاف .

فصل

وليس للراهن وطء الجارية . وإن كانت لا تحبل ، لأن من حرم وطؤها يستوي فيه من تحبل ، ومن لا تحبل ، كالمستبرأة. فإن وطىء فلا حد عليه لأنها ملكه . فإن نقصها لكونها بكراً ، أو أفضاها ، فعليه ما نقصها ، إن شاء جعله رهناً ، وإن شاء جعله قضاء من الحق . وإذا لم تحمل منه ، فهي رهن بحالها ، كما لو استخدمها . فإن ولدت منه ، فولده حر ، وصارت أم ولد له ، لأنه أحبلها بحر في ملكه . وتخرج من الرهن، موسراً كان أو معسراً رواية واحدة ، لأن الإحبال أقوى من العتق ، ولذلك ينفذ إحبال المجنون ، دون عتقه . وعليه قيمتها يوم إحبالها ، لأنه وقت إتلافها . وان تلفت بسبب الحمل ، فعليه قيمتها ، لأنها تلفت بسبب كان منه .

فصل

وكل ما منع الراهن منه ، لحق المرتهن، إذا أذن فيه ، جاز له فعله ، لأن المنع منه لحقه ، فجاز بإذنه . فإن رجع عن الإذن قبل الفعل ، سقط حكم الإذن . فإن لم يعلم بالرجوع حتى فعل ، فهل يسقط الإذن ؟ فيه وجهان . بناء على عزل الوكيل بغير علمه . فإن تصرف بإذنه فيما ينافي الرهن من البيع والعتق ونحوهما ، صح تصرفه وبطل الرهن ، لأنه لا يجتمع مع ما ينافيه ' إلا البيع ، فله ثلاثة أحوال . أحدها : أن يبيعه بعد حلول الحق فيتعلق حق المرتهن بالثمن، ويجب قضاء الدين منه ، لأن مقتضى الرهن بيعه ، واستيفاء الحق من ثمنه .

الثاني : أن يبيعه قبل حلول الحق بإذن مطلق ، فيبطل الرهن ويسقط حق المرتهن من الوثيقة ، لأنه تصرف في عين الرهن تصرفاً لا يستحقه المرتهن ، فأبطله كالعتق .

الثالث : أن يشترط جعل الثمن رهناً ، ويجعل دينه من ثمنه ، فيصح البيع والشرط ، لأنه لو شرط ذلك بعد حلول الحق ، جاز ، فكذلك قبله . وإن أذن له في الوطء والتزويج ، جاز ، لأنه منع منه لحقه، فجاز بإذنه ، فإن فعل لم يبطل الرهن ، لأنه لا ينافيه . فإن أفضى إلى الحمل أو التلف ، فلا شيء

على الراهن ، لأنه مأذون في سببه . وإن أذن له في ضربها، فتلفت به، فلا ضمان عليه ، لأنه تولد من المأذون ، كمتولد الحمل من الوطء .

فصل

ويلزم الراهن مؤنة الرهن كلها ، من نفقة وكسوة وعلف ، وحرز وحافظ وسقي ، وتسوية وجذاذ وتجفيف . لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « الرهن من راهنه ، له غنمه وعليه غرمه » وهذا من غرمه . ولأنه ملكه فكانت نفقته عليه . كالذي في يده . فإن احتاج الى دواء، أو فتح عرق ، لم يلزمه ، لأن الشفاء بيد الله تعالى، وقد يحيا بدونه، بخلاف النفقة، ولا يجبر على إطراق الماشية ، لأنه ليس مما يحتاج إليه لبقائها ، وليس عليه ما يتضمن زيادة الرهن . فإن احتاجت إلى راع ، لزمه ، لأنه لا قوام لها بدونه . فإن أراد السفر بها ليرعاها ولها في مكانها مرعى تتماسك به ، فللمرتهن منعه ، لأن فيه إخراجها عن يده ونظره ، فإن أجدب مكانها ، فللراهن السفر ، لأنه موضع حاجة. فإن اتفقا على السفر، واختلفا في مكانها ، قدمنا قول من يطلب الأصلح، فإن استويا ، قدم قول المرتهن . لأنه أحق باليد .

فصل

وليس للمرتهن أن ينتفع من الرهن بشيء بغير إذن الراهن ، لقول النبي ﷺ «الرهن من الراهن، له غنمه وعليه غرمه» ومنافعه من غنمه ، ولأن المنافع ملك للراهن، فلم يجز أخذها بغير إذنه ، كغير الرهن ، إلا ما كان مركوباً أو محلوباً ففيه روايتان . إحداهما : هو كغيره لما ذكرنا .

والثانية : للمرتهن الإنفاق عليه ، ويركب ويحلب بقدر نفقته ، متحرياً للعدل في ذلك ، سواء تعذر الإنفاق من المالك أو لم يتعذر . لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « الرهن يركب بنفقته ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة » رواه البخاري . وفي لفظ . « فعلى المرتهن علفها ، ولبن الدر يشرب ، وعلى الذي يشرب نفقته ، ويركب» . فإن أنفق متبرعاً ، فلا شيء له . رواية واحدة . وليس له استخدام العبد بقدر نفقته . وعنه : له ذلك إذا امتنع مالكه من الإنفاق عليه ، كالمركوب والمحلوب . قال أبو بكر : خالف حنبل الجماعة . والعمل على أنه لا ينتفع من الرهن بشيء ، لأن القياس يقتضي ذلك ، خولف في المركوب والمحلوب للأثر ، ففي غيره يبقى على القياس .

فصل

وان أنفق المرتهن على الرهن متبرعاً ، لم يرجع ، وان أنفق بإذن الراهن بنية الرجوع ، رجع بما أنفق ، لأنه نائب عنه ، فأشبه الوكيل ، وإن أنفق بغير إذنه ، معتقداً للرجوع نظرنا ، فإن كان مما لا يلزم الراهن ، كعمارة الدار ، لم يرجع بشيء ، لأنه تبرع بما لا يلزمه ، فلم يرجع به كغير المرتهن ، وإن كان مما يلزمه ، كنفقة الحيوان ، وكفن العبد ، فهل يلزمه ؟ على روايتين ، بناء على ما قضى دينه بغير إذنه .

فصل

فاذا أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع به بغير عوض ، والرهن في قرض ، لم يجز ، لأنه يصير قرضاً جر منفعة ، وان كان في غير قرض ، جاز لعدم ذلك. وإن أذن له في الانتفاع بغير عوض ، مثل أن أجره إياه ، فإن حاباه في الأجرة ، فهو كالانتفاع بغير عوض ، وإن لم يحابه فيها ، جاز في القرض وغيره ، لأنه ما انتفع بالقرض ، انما انتفع بالإجارة . وقال القاضي : ومتى استأجره المرتهن أو استعاره ، خرج من الرهن في مدتها ، لأنه طرأ عليه عقد أوجب استحقاقه في الإجارة برضاهما ، فإذا انقضى العقد ، عاد الرهن بحكم العقد السابق ، والصحيح أنه لا يخرج بذلك عن الرهن ، لأن القبض

مستدام فلاتنافي بين العقدين ، لكنه في العارية ، يصير مضموناً ، لأن العارية مضمونة .

فصل

وإن انتفع به بغير إذن الراهن ، فعليه أجرة ذلك في ذمته . فإن كان الدين من جنسها تقاصت هي وقدرها من الدين وتساقطا ، وإن تلف الرهن ضمنه ، لأنه تعدى فيه فضمنه كالوديعة .

بَابُ جناية الرهن وَالجنايَة عَليه

إذا جنى الرهن على أجنبي ، تعلق حق المجني عليه برقبته ، وقدم على المرتهن ، لأنه يقدم على المالك ، فأولى أن يقدم على المرتهن . فإن سقط حق المجني عليه بعفو أو فداء ، بقي حق المرتهن ، لأنه لم يبطل دائما، وإنما قدم حق المجني عليه ، لقوته فإذا زال، ظهر حق المرتهن، وإن كان الحق قصاصاً في النفس، اقتص منه ، وبطل الرهن، وإن كان في الطرف ، اقتص له وبقي الرهن في باقيه. وإن كان مالاً أو قصاصا ، فعفي عنه إلى مال فأمكن إيفاء حقه ببيع بعضه ، بيع منه بقدر ما يقضي به حقه، وباقيه رهن . وإن لم يمكن إلا ببيع جميعه ، بيع، فإن استغرق ثمنه، بطل الرهن ، وإن فضل منه شيء ، تعلق به حق المرتهن.

وإن كان أرش الجناية عليه أكثر من ثمنه ، فطلب المجني عليه تسليمه للبيع ، وأراد الراهن فداءه ، فله ذلك، لأن حق المجني عليه في قيمته لا في عينه، ويفديه بأقل الأمرين من قيمته ، أو أرش جناية في أحد الوجهين ، لأن ما يدفعه عوض عنه ، فلم يلزمه أكثر من قيمته ، وفي الآخر يلزمه أرش الجناية كلها وتسليمه ، لأنه ربما رغب فيه راغب فاشتراه بأكثر من قيمته فينتفع به المجني عليه . وإن أبى الراهن فداءه ، فللمرتهن فداؤه بمثل ما يفديه به الراهن، وحكمه في الرجوع بذلك حكم ما يقضي به دينه ، فإن شرط جعله رهناً بالفداء مع الدين الأول ، لم يصح ، لأنه رهن فلم يجز رهنه بدين سواه ، وأجازه القاضي ، لأن المجني عليه يملك إبطال الرهن بالبيع، فصار كالجائز قبل القبض . والزيادة في دين الرهن قبل لزومه جائزة . ولأن الحق يتعلق به ، وإنما ينتقل من الجناية إلى الرهن . بخلاف غيره .

فصل

فإن جنى على سيده جناية لا توجب قصاصا ، فهي هدر ،لأنه مال لسيده فلا يثبت له مال في ماله ،كما لو لم يكن رهنا . وإن كانت موجبة للقود فيما دون النفس، فعفي على مال ، سقطت مطلقاً لذلك . وإن أحب القصاص ، فله ذلك ، لأن القصاص يجب للزجر ، والحاجة تدعو إلى زجره عن سيده . وإن كانت على النفس ، فللورثة القصاص . وليس لهم العفو على مال في أحد الوجهين ،

لما ذكرنا في السيد ، ولأنهم يقومون مقام الموزث ، ولم يكن له العفو على مال ، فكذلك وارثه . والثاني : لهم ذلك ، لأن الجناية حصلت في ملك غيرهم فأشبه الجناية على أجنبي .

فصل

فإن جنى على موروث سيده ، ولم ينقل الحق إلى سيده ، فهي جناية على أجنبي ، وإن انتقل إليه، وكانت الجناية موجبة للقصاص في طرف ، فمات المجني عليه ، فللسيد القصاص والعفو على مال ، لأن المجني عليه ملك ذلك فملكه وارثه . وإن كانت على النفس فكذلك في أحد الوجهين . والثاني : ليس له العفو على مال ، كما لو كانت على نفسه . وأصلها : هل يثبت للمورث ثم ينتقل إلى الوارث ، أو للوارث ابتداء ؟ فيه روايتان . فإن قلنا : يثبت للوارث ابتداء ، فليس له العفو على مال ، لأن الحق ينتقل إليه على الصفة التي كان لمورثه ، لكون الاستدامة أقوى من الابتداء . وإن كانت الجناية موجبة للمال ، أو كان الموروث قد عفي على مال ، ثبت ذلك للسيد . لذلك فيقدم على المرتهن .

فصل

وإن جنى على عبد لسيده غير مرهون ، فحكمه حكم الجناية على طرف سيده . وإن كان مرهوناً عند مرتهن القاتل بحق واحد، والجناية موجبة للمال ،

أو عفا السيد على مال، ذهبت هدراً . كما لو مات حتف أنفه. وإن كان رهناً بحق آخر ، تعلق دين المقتول برقبة القاتل ، إن كانت قيمة المقتول أكثر من قيمة القاتل ، أو مساوية لها . وإن كانت أقل تعلقت برقبة القاتل بقدر قيمة المقتول، فأي الدينين حل أولاً ، بيع فيه ، فيستوفى من ثمنه ، وباقيه رهن بالآخر ، وإن كان المقتول رهناً عند غير مرتهن القاتل ، وكانت الجناية موجبة للقصاص، فللسيد الخيرة بين القصاص والعفو على مال ، لأنه يتعلق به حق غيره ، ويثبت المال في رقبة العبد . فإن كان لا يستغرق قيمته ، بيع منه بقدر أرش الجناية ويكون رهناً عند مرتهن المجني عليه ، وباقيه رهن بدينه . وإن لم يمكن بيع بعضه، بيع كله ، وقسم ثمنه بينهما على حسب ذلك، وإن كانت الجناية تستغرق قيمته، فالثاني أحق به . وهل يباع، أو ينقل فيجعل رهنا عنده ؟ فيه وجهان . أحدهما : لا يباع لعدم الفائدة في بيعه . والثاني : يباع ، لأنه ربما زاد فيه مزايد فاشتراه بأكثر من قيمته . فكل موضع قلنا: للسيد القصاص ، أو لوارثه، فاقتص، فقال: بعض أصحابنا عليه قيمته ، تجعل مكانه ؛ لأنه أتلف الرهن باختياره ، ويحتمل أن لا يجب عليه شيء ، لأنه اقتص بإذن الشارع ، فلم يلزمه شيء ، كالأجنبي.

فصل

وجنايته بإذن سيده كجنايته بغير إذنه ، إلا أن يكون صبياً ، أو أعجمياً لا يعلم تحريم الجناية ، فيكون السيد هو الجاني يتعلق به القصاص والدية .

كالمباشر لها ، ولا يباع العبد فيها، وقيل: يباع إذا كان معسراً ، لأنه باشر الجناية والأول أصح ، لأن العبد آلة ، ولو تعلقت به الجناية ، بيع فيها وإن كان سيده موسراً .

فصل

وإن جنى الراهن ، فالخصم الراهن ، لأنه مالكه ومالك بدله ، فإن كانت الجناية موجبة للقصاص ، فله أن يقتص ، أو يعفو ، فان اقتص ، ففيه وجهان . أحدهما : عليه قيمته تجعل مكانه ، لأنه أتلف مالاً استحق بسبب إتلاف، فغرم قيمته ، كما لوكانت الجناية موجبة للمال . والثاني : لا شيء عليه ، لأنه لم يجب بالجناية مال ، ولا استحق بحال ، وليس على الراهن السعي للمرتهن في اكتساب مال ، وإن عفا على مال ، أو كانت الجناية موجبة للمال ، كان رهناً مكانه . فان عفا الراهن عن المال ، لم يصح عفوه ، لأنه محل تعلق به حق المرتهن ، فلم يصح عفو الراهن عنه . كما لو قبضه المرتهن ، وقال أبو الخطاب : يصح وتؤخذ منه قيمته وتكون رهنا ، لأنه أتلفه بعفوه . وقال القاضي : تؤخذ قيمته من الجاني ، فتجعل مكانه ، فاذا زال الرهن ، ردت إلى الجاني ، كما لو أقر على عبده المرهون بالجناية ، وإن عفا الراهن عن الجناية الموجبة للقصاص إلى غير مال، انبنى على موجب العمد. فان قلنا: أحد شيئين ، فهو كالعفو عن المال، وإن قلنا : القصاص ، فهو كالاقتصاص، فيه وجهان .

فصل

إذا أقر الراهن أن العبد كان جنى قبل رهنه ، فكذبه المرتهن ، وولي الجناية ، لم يسمع قوله ، وإن صدقه ولي الجناية وحده ؛ قبل إقراره على نفسه دون المرتهن ، فيلزمه أرش الجناية ، لأنه حال بين المجني عليه ، وبين رقبة الجاني بفعله ، فأشبه ما لو قتله ، فإن كان معسراً ، فمتى انفك الرهن ، كان المجني عليه أحق برقبته ، وعلى المرتهن اليمين أنه لا يعلم ذلك ، فإن نكل ، قضي عليه . وفيه وجه آخر ، أنه يقبل إقرار الراهن ، لأنه غير متهم ، لأنه يقر بما يخرج الرهن من ملكه ، وعليه اليمين ، لأنه يبطل بإقراره حق المرتهن فيه ، وإن أقر أنه كان أعتقه ، عتق ، لأنه يملك عتقه ، فملك الإقرار به ، فيخرج العبد من الرهن ، ويؤخذ من الراهن قيمته ، تجعل مكانه ، ولا يقبل قوله في تقديم عتقه ، لأنه يسقط به حق المرتهن من عوضه .

فصل

وإن أقر رجل بالجناية على الراهن ، فكذبه الراهن والمرتهن ، فلا شيء لهما . وإن صدقه الراهن وحده فله الأرش ، ولا حق للمرتهن فيه لإقراره بذلك . وإن صدقه المرتهن وحده ، أخذ الأرش فجعل رهناً عنده ، فإذا خرج من الرهن ، رجع إلى الجاني ، ولا حق للمرتهن فيه . والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب الشروط في الرهن

يصح شرط جعل الرهن في يد عدل ، فيقوم قبضه مقام قبض المرتهن ، لأنه قبض في عقد ، فجاز التوكيل فيه ، كقبض الموهوب . وما دام العدل حاله ، فليس لأحدهما ، ولا للحاكم نقله عن يده ، لأنهما رضياه ابتداء ، وإن اتفقا على نقله ، جاز ، لان الحق لهما لا يعدوهما. وإن تغيرت حاله بفسق، أو ضعف عن الحفظ ، أو عداوة لهما،أو لإحدهما،فمن طلب نقله منهما فله ذلك، لانه متهم في حقه ، ففي بقائه في يده ضرر، ثم ان اتفقا على من يضعانه عنده، جاز ، وإن اختلفا ، وضعه الحاكم في يد عدل ، وان اختلفا في تغير حاله ، بعث الحاكم وعمل بما يظهر له ، وإن مات العدل ، لم يكن لوارثه إمساكه إلا برضاهما، لأنهما ما ائتمناه ، وإن رده العدل عليهما ،لزمهما قبوله، لأنه متطوع بحفظه، فلم يلزمه المقام عليه، فان امتنعا أجبرهما الحاكم، فان تغيبا ، أو كانا غائبين ، نصب الحاكم أمينا يقبضه لهما، لأن للحاكم ولاية على الغائب الممتنع من الحق ، وإن دفعه الحاكم إلى أمين من غير امتناعهما ، ولا غيبتهما ، ضمن الحاكم والأمين معا ، لأنه لاولاية له على غير الممتنع والغائب ، فان امتنعا ، أو غابا ، فلم يجد حاكماً ، تركه عند عدل آخر ، لأنه حال حاجة . وإن أودعه مع

قدرته على الحاكم ، ضمن ، لأنه يقوم مقامها . وكذلك لو أودعه من غير امتناعها ، ولا غيبتها ، ضمن هو والقابض معاً . وإن امتنع أحدهما ، ولم يجد حاكماً ، لم يكن له دفعه إلى أحدهما ، فإن فعل ، ضمن ، لأنه يمسكه لنفسه . والعدل يمسكه لهما ، فإن رده إلى يده ، زال الضمان .

فصل

وإن شرطا جعله في يد اثنين ، صح الشرط ، ولم يكن لأحدهما الانفراد بحفظه ، لأن المتراهنين لم يرضيا إلا بحفظها معاً ، فلم يجز لأحدهما الإنفراد به ، كالوصيين ، فإن سلمه أحدهما إلى صاحبه ، ضمن نصفه ، لأنه القدر الذي تعدى فيه ، فإن مات أحدهما ، أو تغير حاله ، أقيم مقامه عدل .

فصل

وكل من جاز توكيله ، جاز جعل الرهن على يديه ، مسلماً كان أو كافراً ، عدلاً أو فاسقاً ، ذكراً أو أنثى ، لأنه جاز توكيله في غير الرهن ، فجاز فيه ، كالعدل . ولا يجوز أن يكون صبياً أو مجنوناً ، لأنه غير جائز التصرف ، فإن فعلا ، كان قبضه له وعدمه واحداً . وإن كان عبداً ، فله حفظه بإذن سيده ، ولا يجوز بغير إذنه ، لأن منافعه لسيده ، فلا يجوز تضييعها في الحفظ من غير إذنه ، وإن كان مكاتباً وكان بغير جعل ، لم يجز ،

لانه ليس له التبرع ، وان كان بجعل ، جاز ، لأن له الكسب بغير إذن سيده، فان لم يشرط جعله في يد أحد ، فهو في يد المرتهن ، لأنه المستوجب للعقد ، فكان القبض له كالمتهب ، فان قبضه ثم تغيرت حاله في الثقة، او الحفظ، أو حدث بينهما عداوة، فللراهن دفعه إلى الحاكم ، ليزيل يده ،ويجعل في يد عدل، لأنه لم يرض بحفظه في هذه الحال . وان اختلفا في تغير حاله، بحث الحاكم ، وعمل بما بان له ، وان مات المرتهن ، نقل عن الوارث الى عدل ، لأن الراهن لم يرض بحفظه .

فصل

إذا شرط أن يبيعه المرتهن ، أو العدل عند حلول الحق ، صح شرطه ، لأن ما صح توكيل غيرهما فيه ، صح توكيلهما فيه ، كبيع عين أخرى . فإن عزلهما الراهن ، صح عزله ، لأن الوكالة عقد جائز ، فلم يلزم المقام عليها ، كما لو وكل غيرهما ، أو وكلهما في بيع غيره ، ولو مات المرتهن ، لم يكن لوارثه البيع ، لأنه لم يؤذن له ، ويتخرج أنه لا يملك عزلهما ، لأنه يفتح باب الحيلة ، فإن عزل المرتهن العدل عن البيع ، لم يملكه في الحال الذي يملكه الراهن، لأنه وكيله خاصة ، وإن أذن له في بيع الرهن ، فتلف بجناية وجعلت قيمته مكانه ، فقال القاضي : قياس المذهب أن له بيعها ، لأنه يجوز له بيع نمائه ، فبيع قيمته

أولى ، والصحيح أنه لا يملك بيعها ، لأنه لم يؤذن له فيه ، ولا هي تبع لما أذن فيه ، بخلاف النماء .

فصل

وإن أذنا له في البيع بنقد ، لم يكن له خلافهما ، لأنه وكيلهما ، وإن أطلقا أو اختلفا ، باع بنقد البلد ، لأن الحظ فيه ، فإن كان فيه نقود ، باع بأغلبها ، فان تساوت ، باع بما يرى الحظ فيه ، لأن الغرض تحصيل الحظ ، فإن تساوت ، باع بجنس الدين ، لأنه يمكن القضاء منه ، فإن لم يكن فيها جنس الدين ، عين له الحاكم ما يبيع به . وحكمه حكم الوكيل في وجوب الاحتياط في الثمن على ما سنذكره ، فإذا باع وقبض الثمن ، فتلف في يده من غير تعد ، فلا ضمان عليه ، لأنه أمين وهو من ضمان الراهن ، لأنه ملكه . فان أنكر الراهن تلفه ، فالقول قول الأمين مع يمينه ، لأنه أمين فهو كالمودع. وإن قال: ما قبضته من المشتري ، فالقول قول العدل لذلك ، ويحتمل أن لا يقبل قوله ، لأن هذا إبراء للمشتري . وإن خرج الرهن مستحقاً ، فالعهدة على الراهن دون العدل ، لأنه وكيل ، وإن استحق بعد تلف الثمن في يد العدل ، رجع المشتري على الراهن دون العدل ، لأنه قبض منه على أنه أمين في قبضه ، وتسليمه إلى المرتهن ، وإن كان الثمن باقياً في يد العدل ، أو المرتهن ، رجع المشترى فيه ، لأنه عين ماله قبض بغير حق ، وإن وجد المشتري بالمبيع عيباً

فرده بعد قبض المرتهن ثمنه ، لم يرجع عليه ، لأنه قبضه بحق ولا على العدل ، لأنه أمين ، ويرجع على الراهن، إلا أن يكون العدل لم يعلم المشتري أنه وكيل ، فيكون رجوعه عليه، ثم يرجع هو على الراهن، فإن تلف المبيع في يد المشتري ، ثم بان مستحقاً ، فلمالكه تضمين من شاء من الراهن والعدل والمرتهن ، لأن كل واحد منهم قبض ماله بغير حق ، ويستقر الضمان على المشتري ، لأن التلف حصل في يده ، ويرجع على الراهن بالثمن الذي أخذ منه ، وإذا باع العدل الرهن بيعاً فاسداً ، وجب رده ، فإن تعذر رده ، فللمرتهن تضمين من شاء من العدل والمشتري أقل الأمرين ، من قيمة الرهن ، أو قدر الدين ، لأنه يقبض ذلك مستوفياً لحقه ، لا رهناً ، فلم يكن له أكثر من دينه ، وما بقي للراهن يرجع به على من شاء منهما ، وإن وفى الراهن المرتهن ، رجع بقيمته على من شاء منهما ، ويستقر الضمان على المشتري ، لحصول التلف في يده .

فصل

وإذا ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن ، فأنكره ، ففيه وجهان . أحدهما : القول قول العدل ، لأنه أمين . فإذا حلف ، برئ ويرجع المرتهن على الراهن . والثاني : القول قول المرتهن ، لأنه منكر . والعدل إنما هو أمينه في الحفظ ، لا في دفع الثمن إليه . فإذا حلف ، رجع على من شاء منهما ، فإذا رجع على العدل ، لم يرجع العدل على الراهن ، لأنه يقر ببراءة ذمته منه ،

ويدعي أن المرتهن ظلمه وغصبه . وإن رجع على الراهن ، رجع الراهن على العدل ، لتفريطه فى القضاء بغير بينة ، إلا أن يكون قضاؤه بحضرة الراهن ، أو ببينة فماتت ، أو غابت فلا يرجع عليه ، لعدم تفريطه ، وعنه: لا يرجع على العدل بحال، لأنه أمين ، ولو غصب المرتهن الرهن من العدل ثم رده إليه، زال الضمان ، لأنه رده إلى وكيل الراهن في إمساكه ، فأشبه ما لو أذن له في دفعه إليه . ولو كان الرهن في يده ، فتعدى فيه ، ثم زال التعدي ، لم يزل الضمان ، لأن استئمانه زال بذلك ، فلم يعد بفعله.

فصل

وإذا رهن أمة رجل ، وشرط جعلها في يد امرأة ، أو ذي رحم لها ، أو ذي زوجة أو أمة ، جاز ، لأنه لا يفضي إلى الخلوة بها . فإن لم يكن كذلك، فسد الرهن ، لإفضائه إلى خلوة الأجنبي بها ، ولو اقترض ذمي من مسلم مالاً ، ثم رهنه خمراً ، لم يصح ، لأنها ليست مالاً ، وإن باعها الذمي أو وكيله ، أو أتاه بثمنها ، فله أخذه ، فإن امتنع ، لزمه ، وقيل له : إما أن تقبض ، وإما أن تبرىء ، لأن أهل الذمة إذا تقابضوا في العقود الفاسدة ، جرى مجرى الصحيح .

فصل

فإن شرط ما ينافي مقتضى الرهن ، نحو أن يشترط أن لا يسلمه ، أو لا يباع عند الحلول ، أو لا يستوفى الدين من ثمنه ، أو شرط أن يبيعه بما شاء ، أو لا يبيعه الا بما يرضيه ؛ فسد الشرط ، لأن المقصود مع الوفاء به مفقود . وإن شرط أنه متى حل الحق ، ولم توفني ، فالرهن لي بالدين، أو بثمن سماه ؛ فسد، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا يغلق الرهن» رواه الأثرم. ومعناه :استحقاق المرتهن لعجز الراهن عن فكاكه ، ولأنه علق البيع على شرط مستقبل ، فلم يصح ، كما لو علقه على قدوم زيد . وإن قال : أرهنك على أن تزيدني في الأجل ، لم يصح ، لأن الدين الحال لا يتأجل ، وإذا لم يثبت الأجل فسد الرهن ، لأنه في مقابلته . وإن شرط أن ينتفع المرتهن بالرهن المقرض ، لم يجز ، وإن كان بدين مستقر في مقابلة تأخيره عن أجله ، لم يجز ، لأنه بيع للأجل ، وإن كان في بيع ، فعن أحمد جوازه إذا جعل المنفعة معلومة ، كخدمة شهر ونحوه ، فيكون بيعاً وإجارة . وإن لم تكن معلومة، بطل الشرط للجهالة، وبطل البيع لجهالة ثمنه ، وما عدا هذا ، فهو إباحة لا يلزم الوفاء به ، وإن قال : رهنتك ثوبي هذا يوماً ، ويوماً لا أوقته ، فالرهن فاسد ، لأنه ينافي مقتضاه . وكل شرط يسقط به دين الرهن يفسده ، وما لا يؤثر في ضرر أحدهما

كاشتراط جعل الأمة في يـــد أجنبي عزب ، لا يفسده . وفي سائر الشروط الفاسدة وجهان . أحدهما : يفسد بها الرهن،والآخر : لا يفسد بناءعلى الشروط الفاسدة في البيع ، ويحتمل أن ما ينقص المرتهـــ ، يبطله وجهاً واحداً ، وفي سائرها وجهان.أحدهما : يبطل الرهن ، لأنه شرط فاسد ، فأبطله كالاول. والثاني : لا يبطله ، لأنه زائد ، فإذا بطل ، بقي العقد بأحكامه .

باب إختلاف المتراهنين

إذا قال: رهنتني كذا فأنكر ، أو اختلفا في قدر الدين، أو قدر الرهن، فقال : رهنتني هذين ، قال : بل هذا وحده ، أو قال :رهنتني هذا بجميع الدين قال: بل بنصفه ، أو قال رهنتنيه بالحال ، قال : بل بالمؤجـــل ، فالقول قول الراهن ، لأنه منكر . والأصل عدم ما أنكره ، ولأن القول قوله في أصل العقد ، فكذلك في صفته ، فإن قال : رهنتني عبدك هذا . قال :بل ثوبي‌هذا، لم يثبت الرهن في الثوب ، لرد المرتهن له ، وحلف الراهن على العبد ، وخرج بيمينه . وإن قال : أرسلت وكيلك فرهن عبدك على ألفين قبضها مني ، فقال : ما أذنت‌له في‌رهنه‌إلا بألف،سئل الرسول،فإن‌صدق‌الراهن،حلف‌على‌أنه‌مارهنه إلا بألف ، ولا قبض غيرها ، ولا يمين على الراهن ، لأن الدعوى على غيره.

وإن صدق المرتهن ، حلف الراهن ، وعلى الرسول ألف ، لأنه أقر بقبضها ، ويبقى العبد رهناً على ألف واحدة . ومن توجهت عليه اليمين فنكل ، فهو كالمقر سواء .

فصل

فإن قال: رهنتني عبدك هـذا بألف ، فقال : بل بعتكه بها ، أو قال : بعتنيه بألف ، فقال : بل رهنتكه بها ، حَلَفَ كل واحد منهما على نفي ما ادعى عليه ، فسقط ، ويأخذ السيد عبده، وتبقى الألف رهناً.

فصل

وإن قال الراهن : قبضت الرهن بغير إذني فقال : بل بإذنك ، فالقول قول الراهن ، لأنه منكر . وإن قال : أذنت لك، ثم رجعت قبل القبض ، فأنكر المرتهن ، فالقول قوله ، لأن الأصل عدم الرجوع ، وإن كان الرهن في يد الراهن ، فقال المرتهن : قبضته ثم غصبتنيه، فأنكر الراهن، فالقول قوله، لأن الأصل معه . وإن أقر بتقبيضه ، ثم قال : احلفوه لي انه قبض بحق ، ففيه وجهان . أحدهما : يحلف ، لأن ما ادعاه محتمل . والثاني : لا يحلف ، لأنه مكذب لنفسه . وإن رهنه عصيراً ، ثم وجد خمراً ، فقال المرتهن : إنما أقبضني خمراً ، فلي فسخ البيع . وقال الراهن : بل كان عصيراً . قال أحمد

رضي الله عنه : فالقول قول الراهن ، لأنه يدعي سلامة العقد،وصحةالقبض، فظاهر حال المسلم استعمال الصحيح ، فكان القول قول من يدعيه ، كما لو اختلفا في شرط يفسد المبيع . ويحتمل أن القول قول المرتهن بناء على اختلاف المتبايعين في حدوث العيب . ولو كان الرهن حيواناً فمات ، واختلفا في حياته وقت الرهن ، أو القبض ، فحكمه حكم العصير . وإن أنكر المرتهن قبضه ، فالقول قوله ، لأن الأصل معه . وإن وجده معيباً واختلفا في حدوثه، ففيه وجهان مبنيان على الروايتين في البيع .

فصل

إذا كان لرجل على آخر ألف برهن ، وألف بغير رهن ، فقضاه ألفاً وقال : قضيت دين الرهن ، فقال : هي عن الألف الآخر ، فالقول قول الراهن ، سواء اختلفا في لفظه أو نيته ، لأنها تنتقل منه ، فكان القول قوله في صفةالنقل،وهو أعلم بنيته.ولو دفعها من غير لفظ ولا نية ، فله صرفها إلى أيهما شاء، كما لو دفع زكاة أحد الألفين ، فإن أبرأه المرتهن، فالقول قول المرتهن لذلك . وإن أطلق ، فله صرفها الى أيهما شاء . ذكره أبو بكر .

فصل

وإن كان عليه ألفان لرجلين ، فادعى كل واحد منهما أنه رهنه عبده بدينه فأنكرهما ، حلف لهما . وإن صدق أحدهما ، أو قال : هو السابق ، سلمه إليه وحلف للآخر . وإن نكل والعبد في يد أحدهما، فعليه للآخر قيمته تجعل رهناً، لأنه فوته على الثاني بإقراره للأول ، أو بتسليمه إليه . وقال القاضي : هل رجح صاحب اليد ، أو المقر له ؟ يحتمل وجهين . وإن قال : لا أعلم المرتهن منهما ، أو السابق ، حلف على ذلك ، والقول قول من هو في يده منهما مع يمينه . وإن كان في أيديهما ، أو يد غيرهما ، فالحكم في ذلك كالحكم فيما إذا ادعيا ملكه .

فصل

فإن ادعى على رجلين أنهما رهناه عبدهما بدينه فأنكراه ،فالقول قولهما. وإن شهد كل واحد منهما على الآخر ، قبلت شهادته ، لأنه لا يجلب بهذه الشهادة نفعاً ، ولا يدفع بها ضرراً . وإن أقر أحدهما وحده ، لزم في نصيبه ، وتسمع شهادته على صاحبه لما ذكرناه .

فصل

وإن ادعى المرتهن هلاك الرهن بغير تفريط ، فالقول قوله ، لأنه أمين فأشبه المودع . وإن ادعى الرد ، ففيه وجهان . أحدهما : يقبل قوله لذلك .

والثاني : لا يقبل ، لأنه قبضه لنفسه ، فلم يقبل قوله في الرد كالمستأجر . وإن أعتق الراهن الجارية ، أو وطئها، فادعى أنه بإذن المرتهن فأنكره، فالقول قول المرتهن ؛ لأن الأصل معه ، فإن نكل ، قضي عليه . فإن صدقه فأتت بولد ، فأنكر المرتهن مدة الحمل ، فالقول قوله، لأن الأصل عدمها، وادعى المرتهن بإذن الراهن، وادعى الجهالة، وكان مثله يجهل ذلك، فلا حد عليه، لأن الحد يدرأ بالشبهات. ولا مهر ، لأنه حق للسيد فسقط بإذنه ، والولد حر يلحق بنسبه، لأنه من وطء شبهة ، ولا تصير أم ولد ، لأنه لا ملك له فيها . وإن لم تكن له شبهة ، فعليه الحد والمهر وولده رقيق .



كتاب التفليس

ومن لزمه دين مؤجل ، لم يجز مطالبته به ، لأنه لا يلزمه أداؤه قبل أجله، ولا يجوز الحجر عليه به ، لأنه لا يستحق المطالبة به ، فلم يجز منعه من التصرف في ماله بسببه. فإن أراد سفراً يحل دينه قبل قدومه منه، فلغريمه منعه، إلا برهن أو ضمين مليء ، لأنه ليس له تأخير الحق عن محله ، وفي السفر تأخيره . وإن لم يكن كذلك ، ففيه روايتان . إحداهما : له منعه ، لأن قدومه عند المحل غير متيقن ولا ظاهر ، فملك منعه منه. والثانية : ليس له منعه، لأنه لا يملك المطالبة به في الحال ، ولا يعلم أن السفر مانع منها عند الحلول ، فأشبه السفر القصير . وإن كان الدين حالاً ، والغريم معسراً ، لم تجز مطالبته، لقول الله تعالى(وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) البقرة : ٢٨٠ . ولا يملك حبسه ولا ملازمته ، لأنه دين لا يملك المطالبة به ، فلم يملك به ذلك، كالمؤجل . فإن كان ذا صنعة، ففيه روايتان . إحداهما : يجبر على إجارة نفسه ، لما روي أن رجلاً دخل المدينة ، وذكر أن وراءه مالاً ، فداينه الناس ، ولم يكن وراءه مال ، فسماه النبي ﷺ سرَّقاً ، وباعه بخمسة أبعرة . والحر لا يباع ، فعلم أنه باع منافعه ، ولأن

الإجارة عقد معاوضة ، فجاز أن يجبر عليه ، كبيع ماله ، وإجارة أم ولده . والثانية : لا يجبر ، لما روى أبو سعيد : أن رجلاً أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه ، فقال النبي ﷺ « تصدقوا عليه » فتصدقوا عليه ، فلم يبلغ وفاء دينه ، فقال النبي ﷺ : « خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك » رواه مسلم . ولأنه نوع تكسب ، فلم يجبر عليه كالتجارة .

فصل

وإن كان موسراً ، فلغريمه مطالبته ، وعليه قضاؤه ، لقول النبي ﷺ « مَطل الغني ظلم » متفق عليه . فإن أبى ، فله حبسه ، لقول النبي ﷺ « لي الواجد يحل عقوبته وعرضه » من « المسند » . فإن لم يقضه ، باع الحاكم ماله وقضى دينه ، لما روي أن عمر رضي الله عنه قال : إن أسيفع جهينة رضي من دينه - وأمانته ، بأن يقال : سبق الحاج ، فادان معرضا ، فمن كان له عليه مال فليحضر ، فإنا بائعو ماله وقاسموه بين غرمائه . فإن غيب ماله ، حبسه وعزره حتى يظهره . ولا يجوز الحجر عليه مع إمكان الوفاء ، لعدم الحاجة إليه . وإن تعذر الوفاء ، وخيف من تصرفه في ماله ، حجر عليه إذا طلبه الغرماء ، لئلا يدخل الضرر عليهم.

فصل

فإن ادعى الإعسار من لم يعرف له مال ، فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدمه . فإن عرف له مال ، أو كان الحق لزمه في مقابلة مال ، كثمن مبيع ، أو قرض، لم يقبل قوله إلا ببينة ، لأن الأصل بقاء المال ، ويحبس حتى يقيم البيّنة . فإن قال : غريمي يعلم إعساري ، فعلى غريمه اليمين ، لأنه لا يعلم ذلك . وإن أقام البينة على تلف المال ، فعليه اليمين معها أنه معسر ، لأنه صار بهذه البينة كمن لم يعرف له مال . وإن شهدت بإعساره، فادعى غريمه أن له مالاً باطنا ، لم تلزمه يمين ، لأنه أقام البينة على ما ادعى، وتسمع البينة على التلف. وإن لم يكن ذا خبرة باطنة ، لأنه أمر يعرف بالمشاهدة ، ولا تسمع على الإعسار إلا من أهل الخبرة بحاله ، لأنه من الأمور الباطنة . فإن كان في يده مال ، فأقرّ به لغيره، سئل المقر له ، فإن كذبه ، بيع في الدين ، وإن صدقه ، سلم إليه. فإن قال الغريم: أحلفوه أنه صادق لم يستحلف ، لأنه لو رجع عن الإقرار ، لم يقبل منه . وإن طلق يمين المقر، لأنه لو رجع قبل رجوعه.

فصل

فان كان ماله لا يفي بدينه ، فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه ، لزمته اجابتهم ، لما روى كعب بن مالك : أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ ،

وباع ماله . ولأن فيه دفعاً للضرر عن الغرماء ، فلزم ذلك كقضائهم. ويستحب الإشهاد على الحجر ، ليعلم الناس حاله ، فلا يعاملوه إلا على بصيرة ، ويتعلق بالحجر عليه أربعة أحكام .

أحدها : منع تصرفه في ماله،فلا يصح بيعه ولا هبته، ولا وقفه ، ولا غير ذلك،لأنه حجر ثبت بالحاكم ، فمنع تصرفه ، كالحجر للسفه.وفي العتق روايتان. إحداهما : لا يصح لذلك ، ولأن حق الغرماء تعلق بماله ، فمنع صحة عتقه ، كما لو كان مريضاً .

والثانية : يصح ، لأنه عتق من مالك رشيد صحيح . أشبه عتق الراهن . وإن أقر بدين ، أو عين في يده ، كالقصار والحائك يقر بثوب ، لم يقبل إقراره لذلك ، ويلزم في حقه ، يتبع به بعد فك الحجر عنه ، وإن توجهت عليه يمين فنكل عنها ، فهو كإقراره . وإن تصرف في ذمته بشراء ، أو اقتراض أو ضمان،أو كفالة ، صح ،لأنه أهل للتصرف ، والحجر إنما تعلق بماله دون ذمته . ولا يشارك أصحاب هذه الديون الغرماء ، لأن من علم منهم بفلسه فقد رضي بذلك ، ومن لم يعلم ، فهو مفرط . ويتبعوه بعد فك الحجر عنه ، وهل للبائع والمقرض الرجوع في أعيان أموالهما إن وجداها ؟ على وجهين أحدهما : لهما ذلك ، للخبر ، ولأنه باعه في وقت الفسخ ، فلم يسقط حقه منه ، كما لو تزوجت المرأة معسراً بنفقتها . والثاني : لا فسخ لهما ، لأنهما دخلا على

بصيرة بخراب الذمة ، فأشبها من اشترى معيباً لم يعلم عيبه . وإن جنى المفلس جناية توجب مالاً ، لزمه وشارك صاحبه الغرماء ، لانه حق ثبت بغير رضى مستحقه ، فوجب قضاؤه من المال . وإن ثبت عليه حق بسبب قبل الفلس ببينة، شارك صاحبه الغرماء ، لانه غريم قديم ، فهو كغيره .

فصل

الحكم الثاني : أنه يتعلق حقوق الغرماء بعين ماله ، فليس لبعضهم الاختصاص بشيء منه سوى ما سنذكره . ولو قضى المفلس أو الحاكم بعضهم وحده، لم يصح . لأنه شركاؤه، فلم يجز اختصاصه دونهم . ولو جنى عليه جناية أوجبت مالاً ، أو ورث مالاً تعلقت حقوقهم به . وان أوجبت قصاصاً ، لم يملكوا إجباره على العفو إلى مال ، لأن فيه ضرراً بتفويت القصاص الواجب لحكمة الإحياء ،ولا يجبر على قبول هبة ، ولا صدقة ، ولا قرض عرض عليه، ولا المرأة على التزوج ، لأن فيه ضرراً بلحوق المنة ، والتزوج من غير رغبة . ولو باع بشرط الخيار ، لم يجبر على ما فيه الحظ من رد ، أو إمضاء ، لأن الفلس يمنعه إحداث العقود ، لا إمضاؤها وليس للغرماء الخيار ، لأن الخيار لم يشرط لهم . وان وهب هبة بشرط الثواب ، لزم قبوله ، لانه عوض عن مال ، فلزم قبوله ، كثمن المبيع . ولا يملك إسقاط ثمن مبيع ، ولا أجرة ، ولا أخذه رديئاً ، ولا قبض المسلم فيه دون صفته ، الا بإذن الغرماء ، لما ذكرناه .

وان ادعى مالاً له به شاهد ، حلف وثبت المال ، وتعلقت حقوقهم به ، وإن نكل لم يكن للغرماء أن يحلفوا ، لأن دعواهم لهذا المال غير مسموعة ، فلا يثبت بأيمانهم ، كالأجانب ، ولأنهم لو حلفوا لحلفوا على إثبات مال لغيرهم ، وكذلك الحكم في غرماء الميت ، إذا لم يحلف الوارث ، لم يحلفوا لما ذكرنا .

فصل

والحكم الثالث : أن للحاكم بيع ماله ، وقضاء دينه . ويستحب أن يحضره عند البيع ، لأنه أعرف بثمن ماله ، وجيده ورديئه ، فيتكلم عليه ، وهو أطيب لقلبه ، ويحضر الغرماء ، لأنه أبعد من التهمة ، وربما رغب بعضهم في شراء شيء ، فزاد في ثمنه ، أو وجد عين ماله فأخذها ، فان لم يفعل جاز ، لأن ذلك موكول إليه ، ويقيم منادياً ينادي على المتاع . فإن عين الغرماء أو المفلس منادياً ثقة ، أمضاه الحاكم . وإن لم يكن ثقة ، رده ، لأن للحاكم نظراً ، فإنه ربما ظهر غريم آخر . وإن اختلفوا في المنادي ، قدم الحاكم أوثقهما وأعرفهما ، فإن تطوع بالنداء ثقة ، لم يستأجر ، لأن فيه بذل الأجرة من غير حاجة ، وإن عدم ، بذلت الأجرة من مال المفلس ، لأن البيع حق عليه ، ويقدم على الغرماء بها ، لأنه لو لم يعط ، لم يناد . وكذلك أجرة من يحفظ المتاع والثمن ، ويحمله ويباع كل شيء في سوقه ، لأن أهل السوق أعرف بقيمة المتاع وأرغب ،

وطلابه فيه أكثر . فإن باعه في غيره بثمن مثله ، جاز ، لأنه ربما أداه اجتهاده إلى ذلك لمصلحة فيه ، ويبدأ ببيع ما يسرع إليه الفساد ، لأن في تأخيره هلاكه ثم بالحيوان ، لأنه يحتاج إلى العلف ، ويخشى عليه التلف ، ثم بالأثاث ، لأنه يخشى تلفه، وتناله اليد، ثم بالعقار ، لأنه أبعد تلفاً ، وتأخيره أكثر لمطالبته ، فيزداد ثمنه . ومن وجد من الغرماء عين ماله ، فهو أحق بها . ومن اكترى من المفلس داراً ، أو ظهر بعينه قبل الحجر عليه ، فهو أحق به ، لأنه استحق بعينه قبل إفلاسه ، فأشبه ما لو اشترى منه عبداً . وإن اكترى منه ظهراً في الذمة ، فهو أسوة الغرماء ، لأن دينه في الذمة أشبه سائر الغرماء ، وإن كان في المتاع وهن ، أو جان ، قدم الراهن والمجني عليه بثمنه ، لأن المرتهن لم يرض بمجرد الذمة ، بخلاف سائر الغرماء ، وحق المجني عليه يقدم على حق المرتهن ، فعلى غيره أولى . وإن فضل منه فضل ، رده على التركة ، وإن لم يف بحقها ، فلاشيء للمجني عليه ، لأنه لا حق له في غير الجاني ، ويضرب المرتهن مع الغرماء بباقي دينه ، لأن حقه متعلق بالذمة مع تعلقه بالعين ، وإن بيع له متاع ، فهلك ثمنه ، أو استحق المبيع ، رجع المشتري بثمنه . وهل يقدم على الغرماء ؟ فيه وجهان. أحدهما : يقدم ، لأن في تقديمه مصلحة ، فإنه لو لم يقدم ، تجنب الناس شراء ماله ، خوفاً من الاستحقاق ، فيقل ثمنه ، فقدم به ، كأجرة المنادي . والثاني : لا يقدم ، لأنه حق لزمـــه بغير رضى صاحبه . أشبه أرش جنايته ، ثم يقسم

ما اجتمع من ماله بين الغرماء على قدر ديونهم . فإن ظهر غريم بعد القسمة ، نقضت وشاركهم ، لأنه غريم ، لو كان حاضراً لشاركهم ، فإذا ظهر بعد ذلك، قاسمهم كما لو ظهر للميت غريم بعد قسم ماله . وإن كرى داره عاماً ، وقبض أجرتها فقسمت ، ثم انهدمت الدار ، رجع المكتري على المفلس بأجرة ما بقي وشاركهم فيما اقتسموه ، لانه دين وجب بسبب قبل الحجر ، فشارك به الغرماء كما لو انهدمت قبل القسمة .

فصل

الحكم الرابع : أن من وجد عين ماله عنده ، فهو أحق بها ، لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : « من وجد متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس ، فهو أحق به » متفق عليه . وله الخيار بين أخذه أو تركه ، وله أسوة الغرماء ، سواء كانت السلعة مساوية لثمنها ، أو أقل أو أكثر ، لأن الإعسار ثبت للفسخ فلا يوجبه كالعيب ، ولا يفتقر إلى حاكم ، للخبر ، ولأنه فسخ ثبت بنص السنة، فلم يفتقر إلى حاكم ، كفسخ النكاح بالعتق تحت العبد . وفيه وجهان . أحدهما: أن الخيار على التراخي ، لانه رجوع لا يسقط إلى عوض ، فكان على المتراخي كالرجوع في الهبة . والثاني : هو على الفور . اختاره القاضي ، لأن في تأخيره إضراراً بالغرماء ، لتأخير حقوقهم ، ولانه خيار يثبت في البيع ، لنقص في العوض ، أشبه الرد بالعيب ، فإن حكم حاكم بسقوط الخيار ، فقال أحمد رضي

الله عنه : ينقض حكمه ، لانه يخالف صريح السنة ، ويحتمل أن لا ينقض ، لانه مختلف فيه . ولو بذل الغرماء لصاحب السلعة ثمنها ليتركها ، لم يلزمه قبوله للخبر ، ولانه تبرع بدفع الحق من غير من هو عليه ، فلم يجبر المستحق على قبوله ، كما لو أعسر بنفقة زوجته فبذلها غيره . وسواء ملكها المفلس ، ببيع، أو قرض ، لعموم الخبر . ولو أصدق امرأة مالا ، وأفلست قبل دخوله بها ، ثم ارتدت ، أو طلقها، ووجد عين ماله ، فهو أحق بها . ولو استأجر شيئاً فأفلس قبل مضي شيء من المدة ، فللمؤجر الرجوع فيه ، لأنه وجد عين ماله . وإن كان بعد مضي المدة ، فهو غريم بالأجرة ، وإن كان بعد مضي شيء منها ، فهو غريم ، لأن المدة كالمبيع ، ومضي بعضها ، كتلف بعضه . وقال القاضي : له الفسخ . فإن كان للمفلس زرع فعليه تبقيته بأجرة مثله .

فصل

ولا يملك الرجوع إلا بشروط خمسة . أحدها : أن يجدها سالمة . فإن تلف بعضها ، أو باعه المفلس ، أو وهبه ، أو وقفه ، فله أسوة الغرماء ، لقوله عليه السلام « من أدرك متاعه بعينه ، فهو أحق به » والذي تلف بعضه لم توجد عينه . فإن كان المبيع عبدين ، أو ثوبين ، فتلف أحدهما أو بعضه ، ففي السالم منها روايتان . إحداهما : له الرجوع فيه بقسطه لأنه وجده بعينه . والثاني : لا يرجع لأنه لم يجد المبيع بعينه ، أشبه العين الواحدة . وإن كان المبيع شجرة

مثمرة ، فتلفت ثمرتها ، فله أسوة الغرماء ، لأنهما كالعين الواحدة . إلا أن تكون الثمرة مؤبرة حين البيع ، فاشترطها المبتاع ، فهما كالعينين ، لأن الثمرة لا تتبع الأصل ، فهي كالولد المنفصل . وإن نقص المبيع صفة ، مثل أن هزل ، أو نسي صناعة، أو كبر ، أو كان ثوباً فخلق ، لم يمنع الرجوع ، لأن فقد الصفة لا يخرجه عن كونه عين المال ، فيتخير بين أخذه ناقصاً ، أو يكون أسوة الغرماء بكل الثمن . وإن فقئت عينه ، فهو كتلف بعضه ، وإن شج، أو جرح، أو افتضت البكر ، فكذلك في قول أبي بكر ، لأنه نقص جزء ينقص قيمته، فأشبه ما لو فقئت عينه . وقال القاضي : قياس المذهب أن له الرجوع ، لأنه فقد صفة، فهو كالهزال ، ثم إن كان لا أرش له لكونه حصل بفعل الله تعالى ، أو فعل المفلس ، فلا شيء للبائع مع الرجوع ، وإن كان له أرش ، فللبائع إذا رجع أن يضرب مع الغرماء بحصة ما نقص من ثمنه ، فينظر ما نقص من قيمته فيرجع بقسطه من الثمن ، لانه مضمون على المشتري للبائع بالثمن والأرش للمفلس على الجاني .

فصل

فإن كان المبيع زيتاً ، فخلطه بزيت آخر ، أولت به سويقاً ، أو صبغاً فصبغ به ثوباً ، أو مسامير فسمر بها باباً ، أو حجر فبنى به ، أو لوحاً فجعله في سفينة ، أو سقف أو نحو ذلك ، لم يكن له الرجوع ، لأنه لا يقدر على أخذ

عين ماله في بعض الصور ، ولا يقدر في بعضهـــا إلا بإتلاف مال المفلس ، فلا يزال الضرر بالضرر. وإن كانت حنطة، فطحنها أو زرعها ، أو دقيقاً فخبزه، أو زيتاً فعمله صابوناً ، أو غزلاً فنسجه ، أو ثوباً فجعله قميصاً ، أو حباً فصار زرعاً، أو بيضاً فصار فرخاً ، أو نوى فنبت شجراً ، أو نحوه مما يزيل اسمـــه، فلا رجوعْ له ، لأنه لم يجد متاعه بعينه ، لتعذر اسمه وصفته .

فصل

وإن اشترى ثوباً فصبغه أو قصره ، أو سويقاً فلته بزيت ، فلصاحبها الرجوع فيها ، لأن عين مالها قائمة مشاهدة ، لم يتغير اسمها ، ولا صفتهـــا ، ويصير المفلس شريكها بما زاد عن قيمتها ، لأن ما حصل من زيادة القيمـــة بالصبغ وغيره ، فهي للمفلس ، لأنها حصلت بفعله في ملكه . وإن نقص الثوب ، لم يمنع الرجوع، لأنه نقص صفة، فهو كالهزال . وإن لم يزد بالقصارة، سقط حكمها ، لعدم أثرها في الزيادة . وإن اشترى أرضاً فزرعها ، ثم أفلس، فللبائع الرجوع فيها ، لما ذكرنا ، ويكون مبقى إلى الحصاد بغير اجرة ، لأن العوض في مقابـــلة الأرض ، لا في مقابلة المنفعة فإذا فسخ ، عادت إليه الرقبة دون المنفعة المستثناة شرعاً ، كما لو باعه أمة فزوجها ثم رجع فيها دون منفعة بضعها .

فصل

الشرط الثاني : أن لا يكون البائع قبض من ثمنها شيئاً ، فإن قبض بعضه ، فلا رجوع له ، لما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال : « أيما رجل باع سلعة ، فأدرك سلعته بعينها عند رجل قد أفلس ، ولم يكن قبض من ثمنها شيئاً ، فهي له ، وإن كان قد قبض من ثمنها شيئاً ، فهو أسوة الغرماء » رواه أبو داود . ولأن في الرجوع بالباقي تبعيض الصفقة على المفلس ، فلم يجز ، كما لو لم يقبض .

فصل

الشرط الثالث : أن لا يتعلق بها حق غير المفلس ، فإن خرجت عن ملكه ببيع أو غيره ، لم يرجع ، لأنه تعلق بها حق غيره ، أشبه مالو أعتقها . وإن رهنها ، سقط الرجوع لذلك ، وإن تعلق بها أرش جناية، سقط الرجوع، لأنه يقدم على حق المرتهن ، فهو أولى بالمنع ، ويتوجه أن لا يمنع ، لأنه لايمنع تصرف المشتري بخلاف الرهن ، فعلى هذا إن شاء رجع فيه ناقصه بعيب الجناية ، وإن شاء فله أسوة الغرماء ، فإن كان دين الغرماء ، أو أرش الجناية بقدر بعضه ، منع الرجوع في الجميع ، لأنه معنى منع الرجوع في بعضها ، فمنعه في جميعها ، كبيع بعضها . وقال القاضي : يرجع في باقيها بقسطه ، لأنه لا مانع فيه ، وإن كان المبيع شقصاً مشفوعاً ، ففيه وجهان .

أحدهما : للبائع الرجوع ، اختاره ابن حامد ، للخبر ، ولأنه إذا رجع فيه، عاد الشقص إليه ، فزال الضرر عن المبيع ، لعدم شركه غير البائع .

والثاني : الشفيع أحق ، لأن حقه آكد بدليل أنه ينزع الشقص من المشتري ، وممن نقله إليه المشتري ، بخلاف البائع . وإن باعه المفلس أو وهبه ، ثم عاد إليه ، ففيه وجهان . أحدهما : له الرجوع للخبر ، ولأنه وجد عين ماله خالياً عن حق غيره ، أشبه إذا لم يبعه . والثاني : لا يرجع ، لأن هذا الملك لم ينتقل إليه منه ، فلم يملك فسخه . وإن كان المبيع صيداً ، فوجده البائع بعدأن أحرم ، سقط الرجوع ، لأنه تملك للصيد ، فلم يجز مع الإحرام كشرائه .

فصل

الشرط الرابع : كون المفلس حياً ، فإن مات فالبائع أسوة الغرماء ، لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « فإن مات فصاحب المتاع أسوة الغرماء » رواه أبو داود . وفي لفظ « أيما امرىء مات وعنده مال امرىء بعينه ، اقتضى من ثمنه شيئاً ، أو لم يقتض فهو أسوة الغرماء » رواه ابن ماجه . ولأن الملك انتقل عن المفلس ، فسقط الرجوع فيه كما لو باعه .

فصل

الشرط الخامس : أن لا يزيد زيادة متصلة ، كالسمن والكبر ، وتعلم صنعة ، فإن وجد ذلك، منع الرجوع، ذكره الخرقي ، لأنه فسخ بسبب حادث، فمنعته الزيادة المتصلة ، كالرجوع في الصداق للطلاق قبل الدخول . وعن أحمد رضي الله عنه : له الرجوع للخبر ، ولأنه فسخ فلم تمنعه الزيادة ، كالرد بالعيب . فأما الزيادة المنفصلة ، كالولد والثمرة الظاهرة والكسب ، فلا يمنع الرجوع ، لأنه يمكن الرجوع في العين دونها ، والزيادة للمفلس في ظاهر المذهب ، لأنه نما ملكه المنفصل ، فكانت له ، كما لو ردها بعيب ، ورجعت إلى الزوج بالطلاق ، ولأن قول النبي ﷺ «الخراج بالضمان» يدل على أن النماء للمشتري ، لكون الضمان عليه . وقال أبو بكر : هي للبائع قياساً على المتصلة ، والفرق ظاهر ، لأن المتصلة تتبع في الفسوخ دون المنفصلة .

فصل

فإن باعها حائلاً فحملت ، فالحمل زيادة متصلة ، لأنه يتبع أمه في العقود والفسوخ ، ولا يمكن الرجوع فيها دونه ، فهو كالسمن ، ويحتمل أن يرجع فيها دون ولدها، يتربص به حتى تضع،لأنه جزء لا نفصاله غاية ،فأشبه الثمرة. وإن أفلس بعد وضعها ، فهو زيادة منفصلة ، له الرجوع في الأم دون الولد ،

إلا أن تكون أمة ، فلا يجوز التفريق بينهما ، ويخير بين دفـــع قيمة الولد ليملكها ، وبين بيعهما معاً ، فيكون له من الثمن مايخص الأم . وإن باعهـــا حاملاً ، فلم تزد قيمتها ، فله الرجوع ، وإن زادت القيمة لكبر الحمل أو وضعه ، فهي زيادة متصلة . وإن زاد أحدهما خرج على الروايتين فيما إذا كان المبيع عينين ، فتلف أحدهما . وقال القاضي : له الرجوع فيهما على كل حال . ومن جعل الحمل لا حكم له ، جعل حكمها حكم المبيعة حائلا سواء .

فصل

فإن باع نخلاً حائلاً فأطلعت ، ثم أفلس المشتري قبل تأبيرها ، فالطلع زيادة متصلة ، لأنها تتبع في البيع . وقال ابن حامد : حكمها حكم المنفصل ، لأنه يمكن فصله ، وإفراده بالبيع بخلاف السمن ، وإن أفلس بعد تأبيرها ، فهي زيادة منفصلة ، تكون للمفلس متروكة إلى الجذاذ ، كما لو اشترى النخل ، وكذلك الحكم في سائر الشجر ، وفي الأرض ينبت فيها الزرع ، فان اتفق المفلس والغرماء على تبقيته أو قطعه ، فلهم ذلك ، وإن اختلفوا ، وله قيمته مقطوعاً ، قدم قول من طلب القطع ، لأنه أقل عذراً ، ولأن الطالب للقطع ، إما غريم يطلب حقه ، أو مفلس يطلب تبرئة ذمته ، فان أقر المفلس للبائـــع بالطلع ، لم يقبل إقراره ، لأنه يسقط حق الغرماء ، فلم يقبل كإقراره بغريم آخر ، وعلى الغرماء اليمين ، لأنهم لا يعلمون برجوع البائع قبل التأبير ، لأن

اليمين تثبت في جنبهم ابتداء . وإن أقر الغرماء، لم يقبل ، لأن الملك للمفلس ، ويحلف المفلس ،ويثبت الطلع له ، ينفرد به دونهم ، لإقرارهم أنه لاحق لهم فيه ، وله تخصيص بعضهم فيه ' وقسمته بينهم ، فمن أباه قيل له : إما أن تأخذه أو تبرئه ، لأنه للمفلس حكماً ، فقد قضاهم ماثبت له ' فلزمهم ، قبوله ، كما لو أدى المكاتب نجومه ، فادعى سيده تحريمه . فان قبضوا الثمرة بعينها ، لزمهم ردها إلى البائع ، لإقرارهم له بها ، وإن قبضوا ثمنها، لم يلزمهم رده ، لأنهم إنما اعترفوا له بالعين لا بالثمن . وإن شهد الغرماء للبائع بالطلع ، وهم عدول، قبلت شهادتهم لأنهم غير متهمين .

فصل

وإن اشترى أرضاً فغرسها ، أو بنى فيها ، ثم أفلس ، فللبائع الرجوع في الأرض ، ثم إن طلب المفلس والغرماء ، قلع الغراس والبناء ، فلهم ذلك، وعليهم ضمان مانقصها القلع وتسوية الحفر ، لأنه نقص حصل بفعلهم،لتخليص حقهم ملكهم ، فأشبه المشتري مع الشفيع . وإن أبوا القلع ، فللبائع دفع قيمته ويملكه ، لأنه حصل لغيره في ملكه بحق ، فملك ذلك ،كالشفيع ، وإن أبى ذلك سقط الرجوع ، لأن فيه ضرراً على المشتري ، ولأن عين ماله مشغولة بملك غيره ، أشبه الحجر المبني عليه ، هذا قول ابن حامد ، وقال القاضي : يحتمل أن له الرجوع ، لأن شغل ملكه بملك غيره لايمنع الرجوع إذا كان

أصلاً ، كالثوب إذا صبغ ، فإذا رجع ، فاتفق الجميع على البيع ، بيع ، وأعطي كل واحد حقه ، وإن أبى بعضهم احتمل أن يجبر عليه ، لأنه معنى ينفصل به أحدهما عن صاحبه ، أشبه بيع الثوب المصبوغ ، واحتمل أن لا يجبر صاحب الأرض ، ويباع الشجر وحده ، لأنه ممكن بخلاف الصبغ .

فصل

وإن اشترى غراساً فغرسه ، ثم أفلس فلم يزد ، فللبائع الرجوع فيه ، ويقلعه ، ويضمن النقص ، وإن أبى فبذل المفلس للغرماء قيمته ليملكوه ، فلهم ذلك كالتي قبلها ، وإن أرادوا قلعه ، فله ذلك ، ولا ضمان عليهم ، لأن المفلس اشتراه مقلوعاً ، فلم يلزمهم مع رده كذلك شيء آخر ، ولا إبقاءه في أرضهم بغير استحقاق . وإن زاد سقط الرجوع في قول الخرقي ، وعلى رواية الميموني يحتمل ذلك أيضاً ، لأن النماء فيه قد حصل من أرض المفلس ، فلم يملك البائع أخذه ، ويحتمل أن له الرجوع ، كما لو سمن العبد من طعامه . وإن اشترى من رجل أرضاً ، ومن آخر غرساً ، فغرسه فيها ، فلصاحب الأرض الرجوع ، وفي صاحب الغرس التفصيل الذي ذكرناه ، فإن رجعا معاً ، فالحكم فيهما ، كما لو كان الغرس في أرض المفلس .

فصل

وإن افلس ، وعليه دين مؤجل لم يحل ، لأن التأجيل حق له ، فلم يبطل بفلسه ، كسائر حقوقه ، قال القاضي:لا يحل رواية واحدة . وقال أبو الخطاب: فيه رواية أخرى أنه يحل ، لأن الفلس معنى يوجب تعلق الدين بماله ، فأسقط الأجل كالموت ، فإن قلنا : لا يحل اختص أصحاب الديون الحالة بماله دونه ، لأنه لا يستحق استيفاء حقه قبل أجله ، وإن حل دينه قبل القسمة ، شاركهم لمساواته إياهم باستيفائه ، فأشبه من تجدد له دين بجناية المفلس عليه ، وإن أدرك بعض المال ، شاركهم فيه لذلك ، فإن كان المؤجل برهن خص به ، لأن حقه تعلق بعينه ، فإن وجد عين ماله ، فقال أحمد : يكون موقوفاً إلى أن يحل فيختار الفسخ أو الترك ، لأن حقه تعلق بالعين ، فقدم على غيره كالمرتهن ، فإن كان ماله سلماً ، ، فأدرك عين ماله ،رجع فيها ، وإن لم يدركها ، وحل دينه قبل القسمة ، ضرب بالمسلم فيه ، وأخذ بقسطه من جنس حقه ، ودفع اليه ، ولا يجوز أن يأخذ غير ما أسلم فيه ، لقول النبي ﷺ « من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره » .

فصل

فإن مات إنسان ، وعليه دين مؤجل ، ففيه روايتان . إحداهما : لايحل اختارها الخرقي ، لقول النبي ﷺ « من ترك حقاً فلورثته» والتأجيل حق له . فينتقل إلى ورثته لأنه لايحل به ماله ، فلم يحل ما عليه .

والثانية : يحل لأن بقاءه ضرر على الميت لبقاء ذمته مرتهنة بـــه ، وعلى الوارث لمنعه التصرف في التركة ، وعلى الغريم تأخير حقه ، وربما تلفت التركة، وعلى كلتا الروايتين يتعلق الحق بالتركة ، كتعلق الأرش بالجاني ، ويمنع الوارث التصرف فيها إلا برضى الغريم ، أو توثيق الحق بضمين مليء ، أو رهن يفيء بالحق إن كان مؤجلاً ، فإنهم قد يكونون أملياء ، فيؤدي تصرفهم الى فوات الحق ، فإن تصرفوا قبل ذلك ، صح تصرفهم كتصرف السيد في الجاني ، ويلزمهم أقل الأمرين من قضاء الدين ، أو قيمة التركة ، لأنه لا يلزمهم أكثر من وفاء الدين ، ولا أكثر مس التركة ، ولهذا لو كانت باقية ، لم يلزمهم أكثر من تسليمها . وإن تلفت التركة قبل التصرف فيها والتوثيق منها ، سقط الحق كما لو تلف الجاني . وإن قضى الورثة الدين من غير التركة ، أو منها ، جاز . وإن أبى الجميع ، باع الحاكم من التركة ما يقضي به الدين . وإن مات المفلس وعليه دين مؤجل ، فوثق الورثة للمؤجل ، اختص اصحاب الحالة بالتركة ، فان أبوا ذلك ، حل دينه فشاركهم ، لئلا يفضي إلى إسقاط دينه بالكلية .

فصل

وإذا حجر على المفلس ، وهو ذو كسب يفيء بمؤنته ومؤنة من تلزمه مؤنته ، فذلك في كسبه ، لأن ماله لا يخرج فيما لا حاجة إلى إخراجه فيه . وإن لم يف كسبه بمؤنته ، كملناها من ماله . وإن لم يكن ذا كسب ، أنفق عليه وعلى

من تلزمه مؤنته من ماله بالمعروف في مدة الحجر ، لقول النبي ﷺ «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول» وفيمن يعوله من تكون نفقته ديناً ، كالزوجة . فاذا قدم نفقة نفسه على نفقة الزوجة ، وجب تقديمها على سائر الديون ، ولأن تجهيز الميت يقدم على دينه اتفاقا ، فنفقة الحي أولى ، لأن حرمته آكد من حرمة الميت . ويقدم نفقة من تلزمه مؤنته من أقاربه ، لأنهم جروا مجراه ، وكذلك عتقوا عليه إذا ملكهم . وكذلك نفقة زوجته ، لأنها آكد من نفقة أقاربهم ، وتجب كسوتهم أيضاً ، لأن ذلك مما لا بد منه ، ويكون ذلك من أدنى ما ينفق على مثلهم ، أو يكتسى مثلهم ، فان كانت لهم ثياب هي أرفع من كسوة مثلهم ، بيعت واشتري لهم كسوة مثلهم ، ورد الفضل على الغرماء . وإن مات منهم ميت ، كفن من ماله ، لأنه يجري مجرى كسوة الحي ، ويكفن في ثلاثة، أثواب كغيره ، ويحتمل أن يكفن في ثوب واحد ، لأن الزائد فضل يستغنى عنه . ولا تباع داره التي لا غناء له عن سكناها ، لأنه لا بد منه أشبه الكسوة ، فان كانت واسعة ، يكفيه بعضها بيع الفاضل منها إن أمكن وإلا بيعت كلها ، واشتري له مسكن مثله ، وإن لم يكن له مسكن، استؤجر له مسكن ، لأن ذلك مما لا بد منه . ورد الفضل على الغرماء ، ولا يباع خادمه الذي لا يستغني عن خدمته . وإن كان مسكنه وخادمه وثيابه أعيان أموال الناس ، أفلس بها ووجدوها ، فلهم أخذها للخبر ، ولأن حقوقهم تعلقت

بالعين ، فكانت أقوى من غيرها . ويحتمل أن من لم يكن له مسكن ، ولا خادم، فاستدان ما اشتراهما به ، وأفلس بذلك الدين أن يباع مسكنه وخادمه، لأنهما بأموال الغرماء ، فتبقيتهما له إضرار بهم ، وفتح باب الحيلة للمفاليس في استدانة ما يشترون به ذلك فيبقى لهم .

فصل

وإذا قسم ماله بين غرمائه ، ففيه وجهان . أحدهما : يزول الحجر عنه ، لأن المعنى الذي حجر عليه من أجله حفظ المال ، وقد زال ذلك ، فيزول الحجر ، لزوال سببه . والثاني : لا يزول إلا بفك الحاكم له ، لأنه حجر ثبت بالحاكم فلا يزول إلا به ، كالحجر على السفيه . وإذا فك الحجر عنه فلزمته ديون ثم حجر عليه ثانياً ، شارك غرماء الحجر الأول غرماء الحجر الثاني ، إلا أن الأولين يضربون ببقية ديونهم ، والآخرين يضربون بجميع ديونهم.

باب الحجر

يحجر على الإنسان لحق نفسه لثلاثة أمور ؛ صغر ، وجنون ، وسفه ، لقول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم) النساء : ٦ . فدل على أنه لا تسلم إليهم قبل الرشد ، وقوله (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) النساء : ٥ . ولأن إطلاقهم في التصرف يفضي إلى ضياع أموالهم ، وفيه ضرر عليهم . ويتولى الاب مال الصبي والمجنون لانها ولاية على الصغير ، فقدم فيها الاب ، كولاية النكاح . ثم وصيه بعده ، لأنه نائبه . فأشبه وكيله في الحياة ، ثم الحاكم ، لأن الولاية من جهة القرابة قد سقطت ، فثبت للسلطان ، كولاية النكاح . ولا تثبت لغيرهم ، لأن المال محل الخيانة ، ومن سواهم قاصر الشفقة ، غير مأمون على المال ، فلم يله كالأجنبي . ومن شرط ثبوت الولاية العدالة بلا خلاف ، لأن في تفويضها إلى الفاسق تضييعاً لماله ، فلم يجز ، كتفويضها إلى السفيه .

فصل

وليس لوليه التصرف في ماله بما لا حظ له فيه ، كالعتق والهبة والتبرعات والمحاباة ، لقول الله تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن) الانعام : ١٥٢ وقوله

عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار» من «المسند». وفى هذه إضرار ، فلا يملكه ولا يأكل من ماله إن كان غنياً ، لقوله سبحانه (ومن كان غنياً فليستعفف) النساء:٦ .ومن كان فقيراً أجاز لقول الله تعالى (ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف) وليس له إلا أقل الأمرين من أجرته ، أو قدر كفايته ، لأنه لا يستحقه بالعمل والحاجة معاً ، فلم يملك إلا ما وجدا فيه . ثم إن كان أباً ، فلا شيء عليه ، لأن له أن يأخذ من مال ولده ، وإن كان غيره ، ففيه روايتان . إحداهما : يضمن عوض ما أكله إذا أيسر ، لأنه استباحة للحاجة ، فلزمه عوضه كالمضطر . والثانية : لا شيء عليه ، لأن الله تعالى أمر بالأكل ولم يذكر عوضاً ، ولأنه أجيز له الأكل بحق الولاية ، فلم يضمنه، كرزق الإمام من بيت المال.وإذا كان خلط مال اليتيم بماله أرفق له ، مثل أن يكون ألين في الخبز ، وأمكن من الأدم ، خلطه . وإن كان إفراده خيراً له ، أفرده ، لقول الله تعالى (ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فإخوانكم) البقرة : ٢٢٠ .

فصل

وله أن يتجر بماله ، لما روي أن النبي ﷺ قال : « من ولي يتيماً فليتجر بماله ، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة » رواه الترمذي . ولأنه أحظ لليتيم ، لتكون نفقته من ربحه ، كما يفعل البالغ في ماله . ولا يتجر إلا في المواضع

الآمنة . لئلا يغرر بماله ، والربح كله لليتيم ، لأن المضارب إنما يستحق بعقد ، وليس له أن يعقد مع نفسه لنفسه . فإن أعطاه لمن يضارب له به ، جاز ، لأن العلاء بن عبد الرحمن روى عن أبيه عن جده : أن عمر بن الخطاب أعطاه مال يتيم مضاربة . ولأن ذلك يفعله الإنسان في مال نفسه طلباً للحظ ، وللمضارب من الربح ما وافقه الولي عليه ، لأن الولي نائبه فيما فيه مصلحته ، وهـــذا من مصلحته ، فجاز كفعله له في ماله .

فصل

ويجوز أن يشتري له العقار ، لأن الحظ فيه يحصل منه الفضل ويبقى الأصل ، فهو أحظ من التجارة ، وأقل غرراً ، وله أن يبنيه ، لأنـــه في معنى الشراء ، قال أصحابنا : ويبنيه بالآجر والطين ، ليسلم الآجر عنـــد انهدامه . والصحيح أنه يبنيه بما جرت عادة أهل بلده ، لأنه أحظ واقل ضرراً . ولا يجوز تحمل ضرر عاجل ، لتوهم نفع عند الهدم ، فالظاهر أنه لا ينهدم إلا بعد زوال ملكه عنه . ولا يجوز بيع عقاره من غير حاجة ، لما فيه من تفويت الحظ الحاصل به ، ويجوز للحاجة . قال أصحابنا : لا يجوز إلا لحاجة إلى نفقة، أو قضاء دين ، أو غبطة لزيادة كثيرة في ثمنه ، كالثلث فما فوقه ، والمنصوص : أن للوصي بيعه إذا كان نظراً لهم من غير تقييد بهذين . وقد يكون الحظ في بيعه لغير هذا ، لكونه في مكان لا غلة له ، أو له غلة يسيرة ، فيبيعه ويشتري

بثمنه ما يكثر عليه ، أو يكون له عقاران ، يعمر أحدهما بثمن الآخر ، فلا وجه لتقييده بهذين .

فصل

ولا يجوز أن يودع ماله إلا لحاجة ، ولا يقرضه إلا لحظه ، مثل أن يخاف هلاكه ، أو نقصانه ببقائه، فيقرضه ليستوفيه كاملاً، ولا يقرضه إلا لمليء يأمن جحده ، أو مطله . ويأخذ بالعوض رهناً استيثاقاً له ، وإن لم يأخذ ، جاز في ظاهر كلامه . وإن أراد الولي السفر لم يكن له المسافرة بماله ، لأنه يخاطر به ، لكنه يقرضه ، أو يودعه أميناً ، والقرض أولى ، لأنه مضمون بخلاف الوديعة .

فصل

وله كتابة رقيقه وعتقه على مال ، للحظ فيه ، مثل أن يكاتبه ، أو يعتقه بمثلي قيمته ، لأنها معاوضه فتجوز للحظ فيها كالبيع، ولا يجوز ذلك بمثل قيمته لأنه لا حظ فيه. قال أبو بكر : يتوجه جواز العتق بغير عوض للحظ ، مثل أن يكون له جارية وابنتها يساويان مائة ، لأجل اجتماعهما ، وتساوي إحداهما مفردة مائتين ، فتساوي قيمة الباقية مثلي قيمتها مجتمعتين .

فصل

وينفق عليه نفقة مثله بالمعروف من غير إسراف ولا إقتار ، لقول الله تعالى (والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا) الفرقان : ٦٧ . ويقعده في المكتب بغير إذن الحاكم ، ويؤدي أجرته ، لأن من مصالحه العامة فجرى مجرى نفقته . ويشتري له الأضحية إن كان موسراً ، لأن فيه توسعة للنفقة عليه في يوم جرت العادة بها ، وتطييباً لقلبه ، فجرى مجرى رفيع الثياب لمن عادته ذلك .

فصل

وللأب بيع ماله بماله ، لأنه غير متهم عليه ، لكمال شفقته ، وليس ذلك للوصي ولا الحاكم ، لأنهما متهمان في طلب الحظ لأنفسهما ، فلم يجز ذلك لهما .

فصل

وإذا زال الحجر عنه فادعى وليه الانفاق عليه ، أو تلف ماله ، فالقول قوله ، لأنه أمين عليه ، فقبل قوله ، كالمودع . وإن ادعى أنه لا حظ في بيع عقار ، لم يقبل إلا ببينة . وإن قال الولي : أنفقت عليك عامين ، فقال: ما مات أبي إلا منذ عام ، فالقول قول الغلام ، لأن الأصل حياة أبيه ، وقد اختلفا فيما ليس الوصي أمينا فيه ، فكان القول قول مدعي الأصل .

فصل

وإذا بلغ الصبي، وعقل المجنون ، ورشد، انفك الحجر عنهما ، ولا ينفك قبل ذلك ، لقول الله تعالى : (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم) سورة النساء : ٦ . وقسنا عليهم المجنون ، لأنه في معناهم. والبلوغ للغلام بأحد ثلاثة أشياء . أحدها: إنزال المني، لقول الله تعالى : (وإذا بلغ الأطفال منكم الحُلُمَ فليستأذنوا) النور : ٢٤ . وقول النبي ﷺ : رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يحتلم . رواه أبو داود .

والثاني : كمال خمسة عشر سنة ، لما روى ابن عمر قال : عرضت على النبي ﷺ وأنا ابن أربع عشرة سنة ، فلم يجزني في القتال ، وعرضت عليه وأنا ابن خمسة عشر ، فأجازني . متفق عليه .

والثالث : إنبات الشعر الخشن حول القبل ، لما روى عطية القرظي . قال : عرضت على رسول الله ﷺ يوم قريظة ، فشكّوا فيّ فأمر رسول الله أن ينظر إلي هل أنبت ؟ فنظروا فلم يجدوني أنبت، فخلوا عني وألحقوني بالذرية. متفق عليه . ولأنه خارج يلازمه البلوغ غالباً يستوي فيه الذكر والأنثى ، فكان بلوغاً كالاحتلام ،وبلوغ المرأة بهذه الثلاثة . وتزيد بشيئين : الحيض ، لقول رسول الله ﷺ : «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار ». رواه الترمذي .

وقال : حديث حسن ، ولأنه خارج يلازم البلوغ غالباً، أشبه المني . والثاني : الحمل ، لأنه لا يكون إلا من المني . فإذا ولدت المرأة ، حكمنا ببلوغها حين حكمنا بحملها . فإن كان خنثى مشكل ، فحيضه علم على بلوغه ، وكونه امرأة ، وخروج المني من ذكره ، علم على بلوغه، وكونه رجلاً، لأن الحيض من الرجل ومني الرجل من المرأة مستحيل ، أو نادر . وقال القاضي : ليس ذلك بدليل ، لجواز أن يكون من خلقة زائدة ، لكن إن اجتمعا ، فقد بلغ ، لأنه إن كان رجلاً فقد أمنى . وإن كانت امرأة ، فقد حاضت .

فصل

ويستوي الذكر والانثى في أنه ينفك عنه الحجر برشده وبلوغه ،للآية ، ولأن المرأة أحد نوعي الآدميين ، فأشبهت الرجل . وعنه : لا يدفع إليها مالها حتى تلد ، أو تتزوج ويمضي عليها حول في بيت الزوج ، لأن ذلك يروى عن عمر رضي الله عنه ، فإن لم تتزوج ، فقال القاضي : عندي أنه يدفع إليها مالها إذا عنست ، وبرزت للرجال .

فصل

والرشد : الصلاح في المال ، لأن ابن عباس قال في قوله تعالى (فإن آنستم منهم رشداً) النساء : ٦ . قال : إصلاحاً في أموالهم ، ولأن الحجر عليه،

لحفظ ماله ، فيزول بصلاحه . كالعدل . ولأن الفسق معنى ، لو طـــرأ بعد الرشد ، لم يوجب الحجر ، فلم يمنع من الرشد . كالمرض . فإن كان فسقه يؤثر في تلف ماله ، كشراء الخمر ودفعهـــا في الغناء والقمار ، فليس برشيد ؛ لأنه مفسد لماله .

فصل

وإنما يعرف رشده باختياره ؛ لقول الله تعالى(وابتلوا اليتامى)النساء:٦ . يعني: اختبروهم.واختبارهم: تفويض التصرفات التي يتصرف فيها أمثالهم إليهم ؛ من تجارة أو نيابة . ويفوض إلى المرأة ما يفوض إلى ربة البيت ، من استئجار الغزالات ، وتوكيلها في شراء الكتان ، والاستيفاء عليهن . ووقت الاختبار قبل البلوغ في ظاهر المذهب ، لقوله سبحانه: (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح) النساء : ٦ . ولأن تأخيره يؤدي إلى الحجر على البالغ الرشيد حتى يختبره ، ولا يختبر إلا المراهق المميز الذي يعرف البيع والشراء ، فإذا تصرف بإذن وليه ، صح تصرفه ، لأنه متصرف بأمر الله ، فصح تصرفه كالرشيد . وفيه وجه آخر لا يختبر إلا بعـــد البلوغ ، لأنه قبله ليس بأهل مبيع،للتصرف. لانه لم يوجد البلوغ الذي هو مظنة العقل ، فـــكان عقله بمنزلة المعدوم . وفي تصرف الصبي المميز بإذن وليه روايتان . بناء على هذا . وأما غير المأذون ،فلا يصح تصرفه إلا في الشيء اليسير ، لأن أبا الدرداء اشترى من صبي عصفوراً فـــأرسله .

فصل

ومن لم يؤنس منه رشد ، لم يدفع إليه ماله ، ولم ينفك الحجر عنه ، وإن صار شيخاً ، للآية. ولأنه غير مصلح لماله ، فلم يدفع إليه ، كالمجنون . وإن فك الحجر عنه فعاود السفه ، أعيد عليه الحجر ، لما روى عروة بن الزبير : أن عبد الله بن جعفر ابتاع بيعاً ، فأتى الزبير فقال : إني قد ابتعت بيعاً ، وإن علياً يريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان فيسأله الحجر علي ، فقال الزبير : أنا شريكك في البيع ، فأتى علي عثمان فقال : إن ابن جعفر قد ابتاع بيع كذا فاحجر عليه ، فقال الزبير : أنا شريكه ، فقال عثمان : كيف أحجر على رجل شريكه الزبير ؟ وهذه قصة يشتهر مثلها ، فلم تنكر فتكون إجماعاً .ولأن السفه يقتضي الحجر لو قارن ، فيقتضيه إذا طرأ ، كالجنون . ولا يحجر عليه إلا الإمام ، أو نائبه ، لأن علياً سأل عثمان الحجر على ابن جعفر ، ولم يفعله بنفسه . ولأن معرفة التبذير تحتاج إلى نظر ، لأن الغبن قد يكون تبذيراً ، وقد يكون غير تبذير ، فيحتاج إلى نائب الإمام، كالحجر للفلس ، ولأنه يختلف فيه، أشبه الحجر للفلس ، ولا يلي عليه إلا الإمام ، أو نائبه ، لأنه حجر ثبت به، فكان هو الولي ، كحجر المفلس .

فصل

ويستحب الإشهاد عليه وإظهار الحجر ، لتجتنب معاملته . فمن عامله ببيع ، أو قرض ، لم يصح ، ولم يثبت به الملك . فإن وجد المعامل له مالاً ، أخذه . وإن أتلفه السفيه ، فهو من ضمان مالكه ، علم أو لم يعلم ، لأنه سلطه عليه برضاه . وإن غصب مالا ، أو أتلفه ، ضمنه ، لأن صاحبه لم يرض ذلك ، ولأن الحجر على الصبي والمجنون لا يسقط عنهما ضمان المتلف ، فهذا أولى . فإن أودع مالاً فتلف ، لم يضمنه سواء ، فرط في الحفظ أو لم يفرط ، لأنه تلف بتفريط صاحبه بتسليمه إليه . وإن أتلفه، ففيه وجهان . أحدهما : يضمنه ،لأن صاحبه لم يرض إتلافه، أشبه المغصوب . والثاني : لايضمنه، لأن صاحبه فرط في التسليم إليه . وإن أقر بمال ، لم يلزمه حال حجره ، لأنه حجر عليه لحظه ، فلم يقبل إقراره بالمال ، كالصبي والمجنون . ولأن قبول إقراره يبطل معنى الحجر، لأنه يداين الناس ، ويقر لهم . قال أصحابنا : ويلزمه ما أقر به بعد فك الحجر عنه ، كالمفلس . وفيه نظر ، لأن الحجر عليه لعدم رشده ، فهو كالصبي . ولأن ثبوت إقراره في ذمته لا يفيد الحجر معه إلا تأخير الضرر إلى أكمل حالتيه إلا أن يريدوا أنه يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى، فأما إن كان ثابتا في ذمته فلا يسقط بالحجر عليه. وإن أقر بحد أو قصاص، لزمه، لأنه محجور عليه في ماله لا في نفسه. فإن عفا ولي القصاص إلى مال ، ففيه وجهان . أحدهما : له ذلك . لأن من ثبت

له القصاص ثبتت له الخبرة . كما لو ثبت ببينة . والثاني : لايصح ، لئلا يواطىء من يقر له بالقصاص ، ليعفو على مال يأخذه . وإن أقـــر بنسب، قبل ، لأنه ليس بمال ، وينفق على الغلام من بيت المال ،لأن إقرار السفيهبما يوجب المـال غير مقبول. وإن طلق امرأته، صح ، لأن الحجر يحفظ المال ، والطلاق يوفره ولا يضيعه . فان خالع ، جاز ، لأنه إذا جاز الطلاق بغير مال فبالمال أولى . ولا تدفع المرأة إليه المال ، فإن فعلت ، لم يصح القبض ، ولم تبرأ منـه إلا بالدفع إلى وليه . وإن تلف ،كان من ضمانها .

فصل

وإن أذن له الولي في النكاح ، صح منه ، لأن حاجته تدعوه إلى ذلك . وليس بآلة للتبذير. وقال القاضي : يصح من غير إذن الولي، لما ذكرنا.وإن أذن له في البيع ، ففيه وجهان أحدهما : يصح منه ، لأنه عقد معاوضة فصح منه بالإذن . كالنكاح . والثاني : لايصح ، لأن المقصود منه المال وهو محجور عليه فيه . ولأن الحجر عليه لتبذيره ، فالإذن له إذن فيما لا مصلحة فيه . وإن حلف ، انعقدت يمينه ، لانه مكلف . ويكفر بالصوم ، لانه ممنوع من التصرف في المال فأشبه العبد . وإن أحرم بالحج ، صح . لأنه من أهل العبادات ، فإن كان فرضاً ، لزمه إتمامه ويجب الإنفاق عليه إلى أن يفرغ منه ، لأنه مال يحتاج إليه لأداء الفرض فوجب . وان كان تطوعاً لا تزيد نفقتة على نفقة الإقامة ،

أو تزيد وله كسب ، اذا أضافه اليها ، أمكنه الحج، لزمه اتمامه. وان لم يكن كذلك ، ففيه وجهان . أحدهما : على الولي تحليله ، لأن في اتمامه تضييعاً للمال فيما لا يلزمه . الثاني : ليس له تحليله بناء على إحرام العبد بغير إذن سيده ، ويتحلل بالصوم كالعبد .

فصل

وان وجب له القصاص ، فله استيفاؤه ، لأن القصد التشفي ودرك الثأر ، وله العفو على مال ، لانه تحصيل . فإن عفا الى غير مال ، وقلنا : الواجب القصاص عيناً ، سقط الى غير شيء . وان قلنا : الواجب أحد شيئين ، وجبت الدية ، لانه ليس له إسقاط المال .

فصل

ولا ينفذ عتقه ، لانه إتلاف لماله . وحكي عنه : أنه يصح ، لانه مكلف مالك،أشبه الراهن . ويصح تدبيره ووصيته ، لانه محض مصلحة، لتقربه به الى الله تعالى عند غنائه عن المال . وان نذر عبادة بدنية انعقد نذره ، لانه لا حجر عليه في بدنه . وإن نذر صدقة مال ، لم يصح ، ويكفر عن نذره بالصيام . وقياس قول أصحابنا : أنه يلزمه الوفاء به عند فك حجره كالإقرار .

فصل

وهل للمرأة الرشيدة التبرع من مالها بغير أذن زوجها ، فيه روايتان . إحداهما : لها ذلك لقوله تعالى (فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم) النساء : ٦ . وقول النبي ﷺ « يا معشر النساء تصدقن ولو من حليكن » وقبوله لصدقتهن حين تصدقن ، ولأن من وجب دفع ماله إليه لرشده ، نفذ تصرفه فيه بغير إذن غيره كالرجل . وعنه : لا تهب شيئاً إلا بإذن زوجها ، ولا ينفذ عتقها ، لما روى عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال : « لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها ». رواه أبو داود . وكلام أحمد : عام في القليل والكثير . وقال أصحابنا : لها التبرع بالثلث فما دون ، وما زاد فعلى روايتين .

فصل

وهل لها الصدقة من ماله بالشيء اليسير بغير إذنه ، فيه روايتان. إحداهما: لها ذلك ، لأن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ « ما أنفقت المرأة من بيت زوجها غير مفسدة كان لها أجرها ، وله مثله بما كسب ، ولها بما أنفقت ، وللخازن مثل ذلك من غير أن ينقص من أجورهم شيء ». وعن أسماء أنها قالت: يا رسول الله ليس لي شيء إلا ما أدخل على الزبير ، فهل علي جناح أن أرضخ مما أدخل علي ؟ قال « ارضخي ما استطعت ، ولا توعي ، فيوعي الله عليك »

ولأن العادة السماح بذلك ، فجرى مجرى صريح الإذن . والثانية : لا يجوز ، لما روى أبو أمامة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: « لا تنفقن المرأة شيئاً من بيتها إلا بإذن زوجها ، قيل : يا رسول الله ولا الطعام ، قال : ذلك أفضل أموالنا » رواه سعيد والترمذي . ولانه تبرع بمال غيرها ، فلم يجز ، كالصدقة بثيابه . والله تعالى أعلم .



كتاب الصلح

وهو ضربان . أحدهما : الصلح في الأموال وذلك نوعان . أحدهما : الصلح على الإنكار . مثل أن يدعي على إنسان عيناً في يده ، أو ديناً في ذمته ، لمعاملة أو جناية ، أو إتلاف أو غصب ، أو تفريطاً في وديعة ، أو مضاربة أو نحو ذلك ، فينكره ثم يصالحه بمال ، فإنه يصح إذا كان المنكر معتقداً بطلان الدعوى ، فيدفع المال افتداء ليمينه ، ودفعاً للخصومة عن نفسه . والمدعي يعتقد صحتها ، فيأخذه عوضاً عن حقه الثابت له، لأنه يصح مع الأجنبي،فيصح من الخصمين، كالصلح في الإقرار ويكون بيعاً في حق المدعي؛لأنه يأخذ المال عوضاً عن حقه . فيلزمه حكم إقراره ، حتى لو كان العوض شقصاً ، وجب الشفعة . وإن وجد به عيباً ، فله رده ويكون إبراء في حق المنكر ، لاعتقاده أن ملكه للمدعي لم يتجدد بالصلح ، ولأنه إنما دفع المال افتداء لنفسه لا عوضاً ، فلو كان المدعي شقصاً ، لم تجب فيه شفعة . ولو وجد به عيباً ، لم يملك رده ، كمن اشترى عبداً قد أقر بحريته ، فإن كان أحدهما يعلم كذب نفسه ، فالصلح باطل في الباطن ، وما يأخذه بالصلح حرام ، لأنه يأكل مال

أخيه بباطله ، ويستخرجه منه بشره . وهو في الظاهر صحيح ، لأن ظاهر حال المسلمين الصحة والحق ، فإن صالح عن المنكر اجنبي ، صح . فإن كان بإذنه،فهو وكيله وقائم مقامه . وإن كان بغير إذنه ، فهو افتداء له ، وإبراء لذمته من الدين أو الدعوى ، وذلك جائز بغير إذنه ، بدليل أن أبا قتادة قضى دين الميت . ولا أذن له . لكن إن كان بغير إذنه لم يرجع عليه ، لأن الدين لم يثبت عليه ، ولأنه أدى عنه ما يلزمه أداؤه ، فكان متبرعاً ، وإن كان بإذنه ، رجع عليه . لأنه وكيله . وإن صالح الأجنبي عن نفسه ليصير الحق له من غير اعتراف للمدعي بصحة الدعوى ، لم يصح ، لأنه يشتري ملك غيره . وإن اعترف بصحة دعواه ، والمدعَى دين ، لم يصح ، لأن بيع الدين لا يصح مع الإقرار ، فمع الإنكار أولى . وإن كان عيناً لا يقدر المصالح على تحصيلها ، لم يصح ، لأن بيعها لا يصح مع الإقرار ، فمع الإنكار أولى . وإن كان يقدر على استنقاذها ، صح ، لأنه اشترى منه ماله الممكن تسلمه ، فصح ، كما قلنا في بيع المغصوب . ثم إن قدر على انتزاعها ، استقر الصلح ، وإن عجز ، فله الفسخ ، لأنه لم يسلم له المعقود عليه ، فرجع في بدله . فإن قال الأجنبي للمدعي : أنا وكيل المنكر في صلحك ، وهو معترف لك في الباطن ، جاحد فى الظاهر فصالحه ، لم يصح ، لأن الصلح في هذه الحال لا يصح من المنكر ، فكذلك من وكيله . وقال القاضي : يصح . ومتى صدقه المنكر ، ملك العين ، ولزمه ما أدى عنه . وإن

أنكر ، حلف وبرىء . وإن دفع المدعي إلى المنكر ما لا ليقر له ففعل ، ثبت الحق ، وبطل الصلح ، لأنه يجب عليه الإقرار بالحق ، فلم يحل له أخذ العوض عما وجب عليه . ولو صالح امرأة لتقر له بالزوجية ، أو بالرق ، لم يصح لذلك ، ولأنه يحرم عليها بذل نفسها لمن يطأها بعوض . وإن بذلت عوضاً للمدعي عن دعواه ، صح، لأنها تدفع شره عن نفسها ، ويأخذ العوض عن حقه فيها ، كعوض الخلع . وقيل : لا يصح في الزوجية ، لأن الزوج لا يأخذ عوضاً عن الزوجة في غير الخلع . ولو صالح شاهداً ليترك الشهادة عليه ، أو سارقاً ، لئلا يرفعه إلى السلطان ، فالصلح باطل ، لأنه لا يحل أخذ العوض عن ترك الشهادة الواجبة ، وليس رفعه إلى السلطان حقاً يجوز الاعتياض عنه .

فصل

النوع الثاني : الصلح مع الاعتراف ، وهو ثلاثة أقسام . أحدها : أن يعترف له بدين فيبرئه من بعضه ، ويستوفي باقيه ، فلا بأس بذلك ، لأن الإنسان لا يمنع من إسقاط حقه ، ولا من استيفائه . قال احمد رضي الله عنه : ولو شفع فيه شافع ، لم يأثم ، لأن النبي ﷺ كلم غرماء جابر ، فوضعوا عنه الشطر . وكلم كعب بن مالك ، فوضع عن غريمه الشطر . ويجوز للقاضي فعل ذلك ، لأن النبي ﷺ فعله . وإن أمكن الغريم الوفاء ، فامتنع حتى أبرىء

من بعضه ، لم يجز ، لأنه هضم للحق ، وأكل مال بالباطل . وإن قال الغريم : ابرأتك من بعضه ، بشرط أن توفيني بقيته ، او على أن توفيني ، أو لتوفيني باقيه صح ، لم يصح،لأنه جعل إبراءه عوضاً عما أعطاه ، فيكون معاوضاً لبعض حقه ببعض ، ولا يصح بلفظ الصلح ، لأن معنى صالحني عن المائه بخمسين ، أي بعني، وذلك غير جائز ، لما ذكرنا ، ولأنه ربا . ولو صالحه عن مائة مؤجلة بخمسين حالة،لم يجز لذلك،لأن بيع الحلول غير جائز.وإن صالحه عن الحالة بأقل منها مؤجلة ، لم يصح ، لأن الحال لا يتأجل بالتأجيل ، ولا يسقطه إلا مقابل له ، إلا ان يسقطه اختياراً منه بغير عوض ولو اعترف له بداره ، فصالحه على أن يسكنه فيها مدة ، أو يبني عليها غرفة ، ونحو ذلك ، لم يصح لأنه لا عوض له .

فصل

القسم الثاني : ان يعترف له بعين في يده ، فيهب له بعضها ، ويستوفي باقيها ، فيصح ، لما ذكرنا في الإبراء إذا فعل هذا اختياراً من غير منع الغريم ، ووهب له بغير شرط ، كما ذكرنا في الإبراء .

فصل

القسم الثالث : ان يعترف له بعين ، أو دين ، فيصالحه على غيره . وذلك ثلاثة أضرب . احدها : ان يعترف له بنقد ، فيصالحه على نقد ، فهذا صرف يعتبر له شروطه . الثاني : ان يعترف له بنقد ، فيصالحه على عرض ، او بعرض فيصالحه على نقد ، او عرض ، فهذا بيع تثبت فيه احكامه كلها . الثالث : أن يعترف له بعرض ، او نقد ، فيصالحه على منفعة كسكنى دار ، او خدمة ، فهذا إجارة تثبت فيه احكامها . ولو تلفت العين التي صالح عليها ، بطل الصلح. فإن كان قد مضى بعض المدة ، بطل فيما بقي بقسطه . ولو اعترفت المرأة بدين فصالحته على ان تزوجه نفسها ، صح ، وكان صداقاً لها ، ولو اعترفت له بعيب في مبيع ، فصالحته على نكاحها ، صح . فإن زال العيب ، رجع بأرشه ، لأنه الصداق ولم يسم الخرقي الصلح في الإنكار صلحاً .

فصل

واذا اعترف له بشيء ، لم يجز أن يصالح بأكثر منه من جنسه ، لأن الزائد لا مقابل له . ولو اعترف بقتل خطأ فصالحه بأكثر من الدية من جنسها، لم يجز . وإن كان من غير جنسها ، جاز ، لأنه معاوضة . ولو أتلف شيئاً قيمته مائة ، فصالحه على مائة وعشرة ، لم يجز لذلك . وإن صالحه على عرض

جاز ، وإن كثر ، لأنه بيع . ولو أجل العوض الواجب بالإتلاف ، لم يصر مؤجلاً بتأجيله .

فصل

وصلح المكاتب والمأذون له ، من العبيد والصبيان من دين لهم ببعضه ، لا يصح إلا إذا كان لهم به بينة ، واقر لهم به ، لأنه تبرع وليس لهم التبرع . فإن كان على الإنكار ، صح ، لأن استيفاءهم للبعض عند العجز عن استيفاء الكل أولى من تركه .

فصل

ويصح الصلح عن المجهول الذي لا سبيل الى معرفته ، عيناً كان او ديناً . لما روي عن النبي ﷺ أنه قال في رجلين اختصما إليه في مواريث درست «استهما وتوخيا الحق ، وليحلل احدكما صاحبه» وسواء كان الجهل من الجانبين كالحقوق الدارسة ، أو ممن عليه الحق ، لأن الحاجة تدعو إليه . فأما مايمكن معرفته ، فلا يجوز ، قال احمد : إن صالحوا امرأة من ثُمْنها ،لم يصح . ولو قال الوراث لبعضهم : نخرجك عن الميراث بألف، أكره ذلك، حتى يعرفه . ويعلم ما هو ؟ إنما يصالح الرجل عن الشيء لا يعرفه ، ولا يدري ما هو ؟ او يكون رجلاً يعلم ماله على الآخر ، والآخر لا يعرفه فيصالحه .

فأما إذا علم فلم يصالحه ، إنما يريد أن يهضم حقه . ولأن هذا لا حاجة إليه، فلم يجز كبيع المجهول .

باب الصلح فيما ليس بمال

يصح الصلح عن دم العمد بما يزيد على الدية وينقص عنها ، لأن المال لم يتبين . فإن خرج العوض حراً أو مستحقاً ، رجع بقيمته . ولو صالح عن دار فخرج العوض مستحقاً ، رجع في الدار ، لأنه بيع ، فإذا فسد عوضه تبينا فساده . والصلح في الدم اسقاط ، فلم يعد بعد سقوطه ، ورجع ببدل العوض وهو القيمة .

فصل

وإذا أراد أن يجري في أرض غيره ماء، له غناء عن إجرائه فيها ، لم يجز الا برضاه لأن فيه تصرفاً في أرض غيره بغير إذنه ، فلم يجز ، كالزرع فيها ، فإن صالحه على موضع القناة ، جاز ، اذا بينا موضعها وطولها وعرضها لأنه بيع لموضع من أرضه ، ولا حاجة إلى بيان عمقها ، لأن قرارها لمشتريها يعمق ماشاء ، وإن شرط أن أرضها لرب الارض ، كان أجاره ، يفتقر الى معرفة عمقها ، ومدتها كإجارتها للزرع ، وان كان رب الأرض مستأجرا

لها ، جاز أن يصالح على إجراء ماء فيها في ساقيـة محفورة مدة لاتتجاوز مدة إجارته ، وليس له حفر ساقية ، لأنه إحداث شيء لم تتناوله الإجارة ، وكذلك إن كانت الأرض وقفاً عليه . وإن صالح رجلاً على أن يجري على سطحه ، أو أرضه ماء المطر ، جاز ، إذا كان السطح الذي يجري ماؤه معلوماً ، لأن الماء يختلف بصغره ، وكبره ، ومعرفة موضع الميزاب الذي يجري الماء إليه ، لأن ضرره يختلف . ولا يفتقر إلى ذكر المدة ، لأن الحاجة تدعوه إلى هذا ، ولأن هذا لا يستوفى به منافع السطح ، بخلاف الساقية . ومن كانت له أرض ، لها ماء ، لا طريق له ، إلا في أرض جاره ، وفي إجرائه ضرر بجاره ، لم يجز إلا بإذنه ، لأنه لا يملك الإضرار به ، بالتصرف في ملكه ، بغير إذنه ، وإن لم يكن فيه ضرر ، ففيه روايتان . إحداهما : لا يجوز ، لما تقدم ، والثانية : يجوز ، لما روي أن الضحاك بن خليفة ، ساق خليجاً من العريض ، فأراد أن يمر به على محمد بن مسلمة ، فمنعه ، فقال له عمر : لم تمنع جارك ما ينفعـه ولا يضرك ، تشربـه أولاً وآخرا ؟ فقال له محمد : لا والله ، فقال عمر : والله ليمرن به ولو على بطنك ، فأمـره عمـر رضي الله عنـه أن يمر بـه ، ففعل . رواه سعيد . ولأنـه نفـع لا ضـرر فيـه ، فأشبه الاستظلال بحائطه .

فصل

ولا يجوز أن يشرع إلى الطريق النافـذ جناحاً ، وهو الروشن ، على أطراف خشب مـدفونة في الحائط ، ولا ساباطاً ، وهو المستولي على هواء الطريق على حائطـين ، لأنه بناء في ملك غيره ، بغير إذنه ، فلم يجز ، كالبناء في أرض الطريق ، ولا ميزابا ، ولا يبني فيها دكة لـذلك ، لأنه يضر بالمارة ، أشبه بناء بيت ، ولا يباح ذلك بإذن الإمام ، لأنه ليس له الإذن فـــيما يضر بالمسلمين ، وسواء أضر في الحال ، أو لم يضر ، لأن هذا يراد للدوام ، وقد يحدث الضرر فيه . وقال ابن عقيل: يجوز أن يأذن الإمام فيما لا ضرر فيه ،لأنه نائب عن المسلمين ، فجرى مجرى إذنه في الجلوس .

فصل

ولا يجوز أن يفعل هذا في ملك إنسان ، ولا درب غـير نافـــذ ، إلا بإذن أهله ، لأنه حقهم ، فلم يجز التصرف فيه بذلك ، بغير إذنهم ، فإن صالحه المالك ، أو أهل الدرب بشيء معلوم ، جاز ، لأنه يجوز بإذنهم بغير عوض ، فجاز بعوض، كما في القرار . وقال القاضي: لا يصح الصلح عن الجناح والساباط لأنه تبع للهواء دون القرار .

فصل

وإذا حصلت أغصان شجرته في هواء ملك غيره ، فطالبه بإزالتها ، لزمه ذلك ، لأن هواء ملكه ملكه ، فإن لم يزله ، فلمالك الأرض إزالتها ، بالقطع وغيره ، كما لو دخلت بهيمة جاره داره ، ملك إخراجها ، فإن صالحه على تركها بعوض ، جاز عند ابن حامد ، وابن عقيل ، لأن الجهالة هاهنا لا تمنع التسليم ، فلم تمنع الصحة ، كالصلح عن المواريث الدارسة ، ولأن هذا مما يحتاج إليه ، ويسامح فيه ، فجرى مجرى سمن المستأجر للركوب ، وهزاله . وقال القاضي: يصح في اليابس ، المعتمد على حائط ، ولا يصح في الرطب ، لأنه يزيد ، ويتغير ، ولا في غير المعتمد ، لأنه لا قرار له. وقال أبو الخطاب : لا يصح في الجميع ، لأن الرطب يزيد ويتغير ، واليابس ينقص ، ويذهب. وإن صالحه بجزء من ثمرتها معلوم ، ففيه وجهان . أحدهما : المنع ، للجهالة فيه وفي عوضه . والثاني : يجوز ، لان هذا يكثر في الأملاك المتجاورة ، وفي القطع إتلاف وإضرار ، فدعت الحاجة إلى الصلح بجزء من الثمرة ، لأنه أسهل ، ولو امتدت عروق شجرة ، حتى أثرت في بناء غيره ، أو بئره ، فعليه إزالته ، لأن قرار ملك الإنسان ملكه ، فهو كهوائه ، ولو مال حائطه الى ملك جاره ، أو طريق ، لزمه إزالته .

فصل

ليس للانسان أن يفتح في حائط جاره طاقاً ، ولا يغرز فيه وتداً ، ولا مسماراً ، ولا يحدث عليه حائطاً ، ولا سترة بغير إذنه ، لأنه تصرف في ملك غيره ، بما يضر به ، فلم يجز ، كهدمه . وليس له وضع خشبة عليه ، إن كان يضر بالحائط ، أو يضعف عن حمله ، لقول النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » وإن كان لا يضر ، وبه غنى عنه ، لم يجز عند أكثر أصحابنا ، لأنه تصرف في ملك غيره ، بما يستغني عنه ، فلم يجز ، كفتح الطاقة ، وغرز المسمار ،وأجازه ابن‌عقيل لخبر أبي هريرة . ولأن ما أبيح لا تعتبر له حقيقة الحاجة ، كانتزاع الشقص المشفوع ، والفسخ بالعيب . وإن احتاج إليه ، بحيث لا يمكنه التسقيف إلا به جاز ، لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال : «لا يمنع أحدكم جاره ، أن يضع خشبة على جداره » متفق عليه . ولأنه انتفاع ، لا ضرر فيه ،دعت‌الحاجة إليه ، فوجب بذله ، كفضل الماء لبهائم غيره ، وذكر القاضي ، وأبو الخطاب: أنه لا يجوز ، إلا لمن ليس له إلا حائط واحد ، ولجاره ثلاثة ، وقد يتعذر التسقيف على الحائطين غير المتقابلين ، فالتفريق تحكم ، فأما وضع الخشب في حائط المسجد مع الشرطين ، ففيه روايتان . إحداهما : يجوز ، لأن تجويزه في ملك الآدمي المبني حقه على الضيق ، تنبيه على جوازه في حق الله ، المبني على المسامحة والسهولة . والثانية : المنع ، اختارها أبو بكر ، لأن

الأصل المنع ، خولف في الآدمي المعين ، فيبقى فيما عداه على مقتضى الأصل، ويتخرج على هذه الرواية ، أن يمنع من وضعه في ملك الجار إلا بإذنه ، لما ذكرنا ، للرواية الأولى ، فإن صالحه المالك على وضع خشبة بعوض في الموضع الذي يجوز له وضعه ، لم يجز ، لأنه يأخذ عوض ما يجب عليه بذله ، وإن كان في غيره، جاز ، سواء كانت إجارة ، في مدة معلومة ، أو على التأبيد ، بشرط كون الخشب معلوماً برؤية ، أو صفة ، والبناء معلوم ، والآلة معلومة، ومتى زال الخشب ، لسقوط الحائط ، أو غيره، فله إعادته ، لأنه استحق بقاءه، بعوض ، ولو كان له رسم طرح خشب ، فصالحه المالك بعوض ، على أن لا يعيده عليه ، أو ليزيله عنه ، جاز ، لأنه لما جاز أن يصالح على وضعه ، جاز على نزعه .

فصل

فإن كان له دار ، بابها في زقاق غير نافذ ، وظهرها إلى الشارع ، فله فتح باب إلى الشارع ، لأن له حقاً في الاستطراق فيه ، وإن كان بابها إلى الشارع لم يكن له فتح باب إلى الزقاق ، للاستطراق ، لأنه لا يجوز له أن يجعل لنفسه حق الاستطراق ، في مكان مملوك لأهله ، لا حق له فيه ، ويحتمل الجواز لما نذكره في الفصل الذي يليه ، وله أن يفتح مكاناً للضوء والنظر ، لا يصلح للاستطراق ، لأن له رفع جميع حائطه ، فرفع بعضه أولى . وإن فتح باباً ،

يصلح للاستطراق ، وقال : لا أجعله طريقاً ، بل أغلقه وأسمره ، ففيه وجهان. أحدهما: له ذلك ، لما ذكرنا. والثاني : لا يجوز ، لأن الباب دليل على الاستطراق فيجعل لنفسه حقاً . وإن كان له داران ، باب إحداهما ، أو بابهما في زقاقين ، غير نافذين ، بينهما حائط ، فأنفذ إحداهما إلى الآخر ، جاز في أحد الوجهين ؛ لأن له رفع الحائط من بينهما ، وجعلها داراً واحدة ،فرفع بعضه أولى. والثاني: لا يجوز ، لأنه يجعل الزقاقين نافذين ، ويجعل الاستطراق في كل واحد منهما من دار ، لا حق لها فيه . وكل موضع لا يجوز إذا صالح أهل الدرب بعوض، أو أذنوا له بغير عوض ، جاز، لأن المنع لحقهم ، فجاز لهم أخذ العوض عنه ، كسائر حقوقهم .

فصل

فإن كان بابه في زقاق ، غير نافذ ، فأراد تقديمه نحو أوله ، جاز ، لأنه يترك بعض حقه ، وإن قدمه نحو آخره ، لم يجز ، لأنه يجعل الاستطراق في موضع ، لم يكن له ، ويحتمل الجواز ، لأن له رفع حائطه كله ، فيملك رفع بعضه ، ولأن ما يلي حائطه فيئاً له ، فملك فتح الباب فيه ، كحالة ابتداء البناء ، فإن له في ابتداء البناء جعل بابه حيث شاء ، فتركه له لا يسقط حقه منه . ولو تنازع صاحبا البابين في الدرب ، ففيه وجهان . أحدهما : يحكم بالدرب من أوله الى الباب الأول لهما ، لأن يدهما عليه ، واستطراقهما فيه ، وسائر

الدرب للآخر ، لأن اليد له لاستطراقه وحده . والثاني : هو بينهما ، لأن لهما جميعاً يداً وتصرفاً ، فعلى الوجه الأول لصاحب الباب الصدراني جعل آخر الدرب دهليزاً يختص به عن سائر أهل الدرب ، لأنه ملكه خاصة ، وعلى الثاني لا يجوز ، لأنه مشترك بين الجميع .

فصل

إذا كان بينهما حائط مشترك ، فانهدم، فدعا أحدهما صاحبه إلى عمارته ، فأبى، أجبر ، لأنه إنفاق على ملك مشترك يزيل الضرر عنهما ، فأجبر عليه كالقسمة ، فإن لم يفعل، باع الحاكم ماله، وأنفق عليه ،فإن لم يكن له مال،اقترض عليه وأنفق ، وإن أنفق الشريك بإذنه ، أو إذن الحاكم ، رجع عليه بالنفقة والحائط بينهما ،كما كان قبل انهدامه ، وعنه : لا يجبر ، لأنه إنفاق على ملك لا يجب لو انفرد به ، فلم يجب مع الاشتراك ،كزرع الأرض ، وإن أراد شريكه بناءه ، لم يمنع ، لأنه يعيد رسماً في مشترك ، فلم يمنع كوضع الخشب الذي له رسم ، فإن بناه بآلته ، عاد بينهما كما كان برسومه وحقوقه ، لأنه عاد بعينه ، وليس للباني فيه إلا أثر تأليفه ، وإن بناه بآلة من عنده ، فهو للباني ليس لشريكه الانتفاع به، وللباني نقضه إن شاء، لأنه ملك خاصة. ولو بذل له شريكه نصف قيمته ، لئلا ينقضه ، لم يجبر على قبولها ، لأنه لما لم يجبر على إنشائه، لم يجبر على إبقائه. وعلى الرواية الأولى يجبر على تركه ،لأنه

يجبر على إنشائه ، فيجبر على إبقائه . فإن كان للشريك على الحائط رسم انتفاع قلنا للباني : إما أن تأخذ منه نصف القيمة ، وتمكنه من إعادة رسمه ، وإما أن تأخذ بناءك ليبني معك ، لأن القرار مشترك بينهما ، فلم يجز أن يسقط حق شريكه .

فصل

وإن كان السفل لأحدهما ، والعلو للآخر ، فانهدم السقف الذي بينهما ، فالحكم فيه كالحائط المشترك سواء ، لأنه ينفعهما فهو كالحائط بينهما ، وأيهما هدم الحائط أو السقف ، فعليه إعادته إلا أن يخاف سقوطه ، ويجب هدمه ، فيصير كالمنهدم بنفسه . وإن انهدمت حيطان صاحب السفل ، لم يملك صاحبه إجبار صاحب العلو على مباناته ، لأنه ملكه خاصة . وعنه: يجبر لأنهما ينتفعان به ، فأشبه الحائط المشترك . وهل لصاحب العلو إجبار صاحبه على بنائه ؟ على روايتين . وليس لصاحب السفل منع صاحب العلو من بنائه إن أراده ، فإن بناه بآلته، فهو على ما كان لا يملك أحدهما نقضه ، وإن بناه بغير آلته ، فقال أحمد رضي الله عنه : لا ينتفع به صاحب السفل حتى يؤدي القيمة ، فيحتمل أن ليس له السكنى ، لأن فائدة الحيطان أكثرها للسكنى ، ويحتمل أنه ليس له طرح الخشب ، ونصب الوتد ونحوه دون السكنى ، لأن ذلك هو الانتفاع

بالحائط مباشرة . ولبانيه نقضه لأنه ملكه ، ولا يجبر على إبقائه بالقيمة ، لأنه لا يجبر على ابتدائه .

فصل

فإن كان بينهما دولاب ، أو ناعورة يحتاج إلى عمارة ، فذلك كالحائط المنهدم سواء . وإن كان بينهما قناه أو عين ، ففي إجبار الممتنع من عمارتها روايتان . فإن نفاها أحدهما ، لم يملك منع صاحبه من نصيبه ، لأنه ليس له فيها إلا أثر الفعل .

فصل

ليس للمالك التصرف في ملكه بما يضر جاره ، نحو أن يبنيه حماماً بين الدور ، أو مخبزاً بين العطارين ، أو يجعله دار قصارة تهز الحيطان ، أو يحفر بئراً تجتذب ماء بئر جاره ، لقول النبي ﷺ « لاضرر ولا ضرار » ولأنه تصرف يضر بجيرانه ، فمنع منه ، كالدق الذي يهز الحيطان . وليس له سقي أرضه بما يهدم حيطانهم ، وإن كان له سطح أعلى من سطح جاره ، فعلى الأعلى بناء سترة بين ملكيهما ، ليدفع عنه ضرر نظره إذا صعد سطحه .

باب الحوالة

وهو نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه . وهي عقد إرفاق منفرد بنفسه ليست بيعاً ، بدليل جوازها في الدين بالدين ، وجواز التفرق قبل القبض ، واختصاصها بالجنس الواحد واسم خاص ، ولا يدخلها خيار ، لأنها ليست بيعاً ولا في معناه ، لكونها لم تبن على المغابنة. والأصل فيها قول النبي ﷺ : « مطل الغني ظلم ، وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع » رواه الجماعة. متفق عليه . ولا تصح الا بشروط خمسة .

أحدها : أن يحيل على دين مستقر ، لأن مقتضاها إلزام المحال عليه الدين مطلقا ، ولا يثبت ذلك فيما هو بعرض السقوط ، ولا يعتبر استقرار المحال به ، لجواز أداء غير المستقر . فلا تجوز الحوالة بدين السلم ولا عليه ، لأنه لا تجوز المعاوضة عنه به ، ولا عنه . ولو أحال الزوج زوجته قبل الدخول بصداقها، صح، وإن أحالت المرأة به عليه، لم يصح ، لأنه غير مستقر . وإن أحال المشتري البائع بثمن المبيع في مدة الخيار ، صح ، وإن أحال البائع به عليه، لم يصح لذلك . وان أحال المكاتب سيده بنجم ، فدخل عليه صح، وإن أحال سيده عليه، لم يصح لذلك . وان أحيل على المكاتب بدين غير مال الكتابة، صح، لأن حكمه حكم الأحرار في المداينات. وإن أحال من عليه دين على من لا دين عليه

فهو توكيل في الاقتراض ، وإن أحال على من له عليه دين، فهو كتوكيل في الاستيفاء ، وإن أحال من عليه دين على من لا عليه دين ، فهو ملتمس إيفاء دينه وليس شيء من ذلك حوالة، إذ الحوالة تحوُّل الحق ، وانتقاله، ولا حق هاهنا يتحول ، وانما جاز التوكيل بلفظ الحوالة لاشتراكها في معنى ، وهو تحول المطالبة من الموكل الى الوكيل، كتحولها من المحيل الى المحتال.

فصل

الشرط الثاني : تماثل الحقين ، لأنها تحويل الحق ، فيعتبر تحوله على صفته ، ويعتبر التماثل في ثلاثة أشياء. الجنس ؛ فلو أحال من عليه أحد النقدين بالآخر، لم يصح .والصفة . فلو أحال عن المصرية بأميريه ، أو عن المكسرة بصحاح، لم يصح.والحلول والتأجيل ،فإن كان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً ، أو أجل أحدهما مخالفاً لأجل الآخر، لم يصح. وإن صحت الحوالة، فتراضيا على خير مما أحيل به ، أو دونه أو تعجيله ، أو تأخيره ، أو الاعتياض عنه ، جاز ، لأنه دين ثابت، فجاز فيه ذلك كغير المحال.

فصل

الشرط الثالث : أن يكون بمال معلوم على مال معلوم ، لأنه يعتبر فيهما التسليم والتماثل والجهالة تمنعها . ولا يصح فيما لا يصح السلم فيه ، لأنه لا يثبت في الذمة ، وإنما تجب قيمته بالإتلاف . ويصح في كل ما يثبت مثله في الذمة

بالإتلاف ،من الأثمان والحبوب والأدهان ، وفيما يصح السلم فيه غير ذلك ، كالمذروع والمعدود وجهان . أحدهما : لاتصح الحوالة به ، لأن المثل لايتحرر فيه ، ولهذا لا يضمن بمثله . والثاني: يصح، لأنه يثبت في الذمة ، ويحتمل أن يبني الحكم فيه على القرض ، إن قلنا يقضي في هذا بمثله صحت الحوالة بـه ، لأنـه يثبت في الذمة بغير السلم ، وإلا فلا ، لأنه لايثبت في الذمة إلا بالسلم ،ولا تصح الحوالة في السلم . وإن كان عليه إبل من قرض وله مثل ذلك على آخر ، صحت الحوالة بها ، لأنه إن ثبت في الذمة مثلها صحت الحوالة ، وإن ثبت قيمتهـــا فالحوالة بها صحيحة . وإن كان له إبل من دية ، فأحال بها على من له عليه مثلها، من دية أخرى، صح ويلزمه إعطاؤه أدنى مايتناوله الاسم . وقال أبو الخطاب : فيه وجه آخر ، أنه لا يصح . وإن كان عليه إبل من الدية ، وله مثلها قرضاً ، فأحال بها، ففيه وجهان . أحدهما: يصح ، لأن الخيرة في التسليم الى المحيـل ، وقد رضي بتسليم ماله في ذمة المقترض ، والثاني : لايصح ، لان الواجب في المقرض في إحدى الروايتين القيمة، فقد اختلف الجنس. وإن أحال المقترض من له الدية بها، لم يصح، وجهـاً واحداً ، لأننا قلنا الواجب القيمة ، فالجنس مختلف ، وإن قلنا يجب المثل ، فللمقترض مثل ما أقرض في صفاتـه وقيمتـه ، والذي عليه الدية لا يلزمه ذلك .

فصل

الشرط الرابع : أن يحيل برضاه، لأن الحق عليه ، فلا يلزمه أداؤه من جهة بعينها ، ولا يعتبر رضى المحال عليه ، لأن للمحيل أن يستوفي الحق بنفسه وبوكيله ' وقد أقام المحتال مقام نفسه في القبض ، فلزم المحال عليه الدفع إليه ، كما لو وكله في الاستيفاء منه . وأما المحتال ، فإن كان المحال عليه مليئاً ، وهو الموسر غير المماطل ، لم يعتبر رضاه ، لقول النبي ﷺ « اذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع » ولأن للمحيل ايفاء الحق بنفسه وبوكيله ، وقد أقام المحال عليه مقامه في الإيفاء ، فلم يكن للمحتال الامتناع . وان لم يكن مليئاً ، لم يلزمه ، أن يحتال للحديث . ولأن عليه ضرراً في قبولها ، فلم يلزمه . كما لو بدل له دون حقه في الصفة ، فإن رضي بها مع ذلك ، صحت ، كما لو رضي بدون حقه.

فصل

إذا صحت الحوالة برىء المحيل من الدين ، لأنه قد تحول من ذمته ، فإن تعذر الإيفاء من المحال عليه ، لموت أو فلس حادث ، أو مطل ، لم يرجع على المحيل ، كما لو أبرأه . وان كان مفلساً حين الحوالة ، ولم يرض المحتال بالحوالة ، فحقه باق على المحيل . لأنه لا يلزمه الاحتيال على مفلس . وإن رضي مع العلم بحاله ، لم يرجع . لأن الذمة برئت من الحق ، فلم يعد الى الشغل ، كما لو كان مليئاً . وان رضي مع الجهل بحاله ، ففيه روايتان . إحداهما : لا يرجع ،

لذلك ، والثانية : يرجع ، لأن الفلس عيب في المحال عليه ، فكان له الرجوع كما لو اشترى معيباً ثم علم عيبه . وإن شرط ملاءة المحال عليه، فله شرطه . لقول النبي ﷺ « المؤمنون على شروطهم » رواه أبو داود . ولأنه شرط شرطا مقصوداً ، فإذا بان خلافه ، ملك الرد . كما لو شرطه في المبيع .

فصل

اذا اشترى عبداً، فأحال البائع بثمنه ، أو أحال البائع عليه بثمنه ، فبان حراً أو مستحقاً ، فالحوالة باطلة، لأن البيع باطل ، ولا دين على المشتري يحيل به أو يحال عليه ، فإن اتفق المحيل والمحال عليه على ذلك ، وكذبهما المحتال ، لم يسمع قولهما ، كما لو باعا عبداً ثم أقرا بحريته ، ولا تسمع لهما بينة، لأنهما أكذباها لدخولهما في البيع ، وان أقامها العبد، سمعت ، وبطلت الحوالة . وإن صدقهما المحتال في حرية العبد ، وادعى أن الحوالة بدين آخر ، فالقول قوله مع يمينه. لأن الأصل صحة الحوالة، فكان صدقه أظهر . فإن أقاما بينة بذلك ، سمعت لأنهما لم يكذباها .

فصل

وإن اشترى عبداً وأحال البائع بثمنه ، ثم وجده ثم رده قبل قبض المحتال من المحال عليه ، بطلت الحوالة لأنها بالثمن ، وقد سقط بالفسخ ، ذكره القاضي . ويحتمل أن لا يبطل ، لأن المشتري نقل حقه الى ما في ذمة المحال

عليه ، فلم يبطل بالفسخ ، كما لو أعطاه عن الثمن ثوباً ، ثم فسخ العقد، لم يرجع في الثوب . وان كان الرد بعد قبض المحتال، لم تبطـــل ، لأن ذمة المحال عليه برئت بالقبض منه ، ويرجع البائع على المشتري . وان اشترى عبداً فأحال البائع عليه أجنبيا بالثمن ، فرده المشتري بعيب ، لم تبطل الحوالة، لأن ذمـة المشتري برئت بالحوالة من البائع ، فصار كأنه قبض منه ، وتعلق به ها هنا حق غـير المتعاقدين ، وهو المحتال بخلاف التي قبلها ، ويرجع المشتري على البائع بالثمن .

فصل

وإذا أمر رجلاً بقبض دين له من غريمه ، ثم اختلفا ، فقال أحدهما : كانت وكالة بلفظها ، وقال الآخر : كانت حوالة بلفظها ، فالقول قول مدعي الوكالة ، لأنه يدعي بقاء الحق على ما كان ، وينكر انتقاله . وإن اتفقا على أنه قال : أحلتك بالألف ، وقال أحدهما: كانت حوالة حقيقية ، وقال الآخر: كانت وكالة بلفظ الحوالة ، ففيه وجهان . أحدهما : القول قول مدعي الوكالة لذلك . والثاني : القول قول مدعي الحوالة ،لأن الظاهر معه ،لموافقته الحقيقة ، ودعوى الآخر المجاز ، وإن قال : أحلتك بدينك ، فهي حوالة بكل حال .

فصل

وإذا قال المدين لغريمه : قد أحلت بدينك فلاناً فأنكر ، فالقول قوله مع يمينه . فإن أقام المدين بينة بذلك ، سمعت ليسقط عنه حق المحيل .

فإن كانت بحالها ، فادعى أجنبي على المدين أن رب الدين أحاله به ، فأنكره فأقام الأجنبي بينة، ثبت في حقه وحق الغائب، لأن البينة يقضى بها على الغائب ، ولزم دفع الدين إليه ، فإن لم تكن له بينة ، فاعترف المدين له بصحة دعواه ، ففيه وجهان .

أحدهما : يلزمه الدفع إليه ، لاعترافه له بوجوب حقه عليه ، وانتقال دينه إليه ، فأشبه مالو قامت به بينة .

والثاني : لا يلزمه الدفع إليه ، لأنه لا يأمن إنكار المحيل ورجوعه عليه ، فكان له الاحتياط في تخليص نفسه ،كما لو ادعى الوكالة ، فإن دفعه إليه ، ثم أنكر المحيل الحوالة ، وحلف ورجع على المحال عليه ، فأخذ منه ، لم يرجع المحال عليه على المحتال ، لأنه معترف له أنه استوفى حقه ، وإنما المحيل ظلمه. وإن أنكر المدين الحوالة، انبنى على الوجهين ، إن قلنا: يلزمه الدفع مع الإقرار ، لزمته اليمين على الانكار ، وتكون على العلم ، لأنها على نفي فعل الغير . وإن قلنا: لا يلزمه الدفع مع الإقرار ، لم تلزمه اليمين مع الإنكار ، لعدم فائدتها . وليس للمحتال الرجوع على المحيل ، لاعترافه ببراءة ذمته ، ويُسأل المحيل ، فإن صدق المحتال ، ثبتت الحوالة ، لأن رضى المحال عليه غير معتبر، وان كذبه ، حلف له،وسقطت الحوالة. وإن نكل المحال عليه عن اليمين فقضى عليه ، فاستوفى منه ، ثم أنكر المحيل الحوالة، فله أن يستوفي من المحال عليه ، لأنه معترف له بالألف، مدّع أن المحتال ظلمه .

فصل

فإن كان عليه دين ، فادعى رجل أنه وكيل ربه في قبضه ، فصدقه ، لم يلزمه دفعه إليه لما ذكرنا في الحوالة . وإن أنكر، لم تلزمه اليمين ، لأنه لايلزمه الدفع مع الإقرار ، فلم تلزمه اليمين مع الإنكار . فإن دفعه إليه ، فأنكر رب الدين الوكالة ، حلف ورجع على الدافع ، ثم رجع الدافع على الوكيل ، إن لم يكن اعترف بصدقه ، لأنه لم يثبت أنه وكيل ، وإن كان اعترف له، لم يرجع عليه ، لأنه اعترف بصحة دعواه ، وأن الموكل ظلمه ، فلم يرجع على غير ظالمه وإن كان المدفوع وديعة ، فوجدها ربها ،أخذها ، وإن تلفت في يد الوكيل تلزمه مطالبة من شاء منهما ، فإن طالب الوكيل ، لم يرجع على أحد ، لأن التلف حصل في يده ، فاستقر الضمان عليه . وإن طالب المودع ، وكان قد اعترف بالوكالة ، لم يرجع على أحد مما ذكرناه في الدين ، وإن لم يكن اعترف للوكيل رجع عليه .

فصل

فإن كان عنـــد رجل دين أو وديعة ، فجاء رجل، فادعى أنه وارث صاحبها ، وقد مات ولا وارث له سواه ، فصدقه، لزمه الدفع اليـــه ، لأنه لا يخشى تبعـــة ، وإن كذبه ، فعليه اليمين أنه لا يعلم ذلك ، لأنه لزمه الدفع مع الإقرار ، فلزمته اليمين مع الإنكار .

فصل

فإن كان لرجل ألف على اثنين ، كل واحد منهما ضامن لصاحبه ، فأحاله أحدهما بها ، برئا منها ، لأن الحوالة كالتقبيض . وإن أحال صاحب الألف به على أحدهما ، صحت الحوالة ، لأنها مستقرة في ذمة كل واحد منهما . وإن أحال عليهما جميعاً ، ليستوفي من كل واحد منهما نصفها ، صحت ، لأن ذلك للمحيل ، فملك الحوالة به ، وإن أحال عليهما ليستوفي من أيهما شاء ، صحت أيضاً ، لأنه لا فضل في نوع ولا عدد ولا أجل ، وإنما هو زيادة استيثاق ، فأشبه حوالة المعسر على المليء ، ولهذا لو أحالاه على واحد ، صح .



كتاب الضمان

وهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام دينه ، فإذا قال لرجل : أنا ضامن مالك على فلان ، أو أنا به زعيم أو كفيل أو قبيل أو حميل ، أو هو علي ، صار ضامناً له ، وثبت في ذمته مع بقائه في ذمة المدين . ولصاحب الدين مطالبة من شاء منهما ، لقول الله تعالى:(وأنا به زعيم) يوسف:٧٢. وقول النبي ﷺ : « الزعيم غارم » حديث حسن رواه أبو داود والترمذي . وروى سلمة بن الأكوع أن النبي ﷺ ، أتي برجل ليصلي عليه فقال: «هل عليه دين» ؟ قالوا : نعم ، ديناران ، قال : «هل ترك لهما وفاء» فقالوا : لا . فتأخر فقيل: لم لا تصل عليه؟ ، فقال : «ما تنفعه صلاتي وذمته مرهونة ، إلا إن قام أحدكم فضمنه » فقام أبو قتادة فقال : هما علي يارسول الله ، فصلى عليه النبي ﷺ . رواه البخاري . ولا يبرأ المضمون عنه بمجرد الضمان في الحياة ، رواية واحدة. وفي الميت روايتان . إحداهما : يبرأ لأن النبي ﷺ ، صلى على الميت حين ضمنه أبو قتادة . والثانية : لا يبرأ ، لما روى جابر ، أن النبي ﷺ ،سأل أبا قتادة عن الدينارين اللذين ضمنها ، فقال : قد قضيتها ، فقال : «الآن بردت جلدته» .

رواه أحمد . ولأنه وثيقة بدين، فلم يسقطه كالرهن، وكحال الحياة . ومتى برىء الغريم بأداء أو إبراء، برىء الضامن لأنه تبع ،فزال بزوال أصله كالرهن. وإن أبرأ الضامن، لم يبرأ المضمون عنه ، لأن الوثيقة انحلت من غير استيفاء ، فلم يسقط الدين كالرهن .

فصل

ولا يجوز إلا من جائز التصرف ، فأما المحجور عليه لصغر أو جنون أو سفه ، فلا يصح ضمانه ، لأنه تبرع بالتزام مال ، فلم يصح منهم ، كالنذر والصدقة . وخرج بعض أصحابنا ضمان الصبي بإذن وليه ، على الروايتين في صحة بيعه . وقال القاضي : يصح ضمان السفيه ، ويتبع به بعد فك حجره ، وهذا بعيد ، لأن الضمان مجرد ضرر وتضييع مال ، فلم يصح منهما كالعتق . ولا يصح ضمان العبد والمكاتب بغير إذن سيدهما ، لأنه التزام مال ، فلم يصح منهما بغير إذن كالنكاح . ويصح بإذنه ، لأن المنع لحقه ، فزال بإذنه ، ويؤديه المكاتب مما في يده ، وهل يتعلق برقبة العبد أو بذمة سيده ؟ على وجهين .

فصل

ويصح ضمان دين الميت المفلس وغيره، لحديث أبي قتادة. ولا يعتبر رضى المضمون له ولا المضمون عنه، للخبر. ولا معرفة الضامن لهما ،لأنه لا يعتبر رضاهما، فأشبها الأجانب . ولأن النبي ﷺ ، لم يسأل أبا قتادة عن معرفتهما . ويحتمل

أن تعتبر معرفتها ، ليؤدي إلى أحدهما ، ويرجع على الآخر بما غرم عنه ، ويحتمل أن تعتبر معرفة المضمون له ، ليؤدي إليه ، ولا تعتبر معرفة المضمون عنه ، لعدم المعاملة بينه وبينه، ولا يصح إلا برضى الضامن،لأنه التزام مال، فلم يصح من غير رضى الملتزم كالنذر .

فصل

ويصح ضمان الدين اللازم، لخبر ابي قتادة ، وضمان الجعل في الجعالة ، لقول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) يوسف:٧٢. وضمان كل حق مالي لازم ، أو مآله إلى اللزوم ، كالثمن في مدة الخيار وبعدها ، والأجرة والصداق قبل الدخول وبعده ، وارش الجناية نقداً أو حيوانا ، لأنها حقوق مالية لازمة ، أو مآلها إلى اللزوم ، فصح ضمانها كالدين والجعل . ويصح ضمان الأعيان المضمونة ، كالغصوب والعواري ، لأنها مضمونة على من هي في يده ، فأشبهت الدين ، ويصح ضمان عهدة المبيع عن كل واحد منهما لصاحبه ، وهو أن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه ، وإن ظهر فيه عيب أو استحق أو وجد ذلك في البيع،غرمه الضامن ، لأن ذلك لازم ، فإنه إنما يتعلق بالضامن حكم لعيب أو غصب ونحوهما ، وهذا كان موجوداً حال الضمان ، فصح ضمانه كالدين . وإن استحق الرجوع لأمر حادث ، كتلف المبيع قبل قبضه ، أو أخذه بشفعة ، فلا شيء على الضامن . وإن ضمن البائع أو غيره للمشتري قيمة

مايحدثه من غراس أو بناء، أو يلزمه من أجرة إن خرج المبيع مستحقاً، صح : ويرجع على الضامن بما لزمه من ذلك ، لأنه يستند إلى أمر وجودي ، ويصح أن يضمن الضامن ضامن ثان ، لأن دينه ثابت ، فصح كالأول ، ويصير الثاني فرعاً للضامن ، حكمه معه حكم الضامن مع الأصيل .

فصل

ولا يصح ضمان الأمانات كالوديعة ونحوها ، لأنها غير مضمونة على من هي في يده ، فكذلك على ضامنه ، وإن ضمن لصاحبها مايلزم بالتعدي ، صح ، نص عليه أحمد رضي الله عنه ، ولأنها تصير مضمونة على المضمون عنه ، ولا يصح ضمان مال الكتابة ، وعنه: يصح ، لأنه يجوز أن يضمن عنه دين آخر. والمذهب الأول، لأن مال الكتابة غير لازم ، ولا يفضي إلى اللزوم ، ولأنه يملك تعجيز نفسه ، ولأن الضمان لتوثيق الحق ، وما لا يلزم لا يمكن توثيقه . وفي ضمان مال السلم روايتان . إحداهما : يصح ، لأنه دين لازم فأشبه القرض. والثانية: لا يصح ، لأنه يفضي إلى استيفائه من غير المسلم إليه، فأشبه الحوالة به.

فصل

ويصح ضمان المعلوم والمجهول قبل وجوبه وبعده ، لقوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم)يوسف: ٧٢ . وحمل البعير يختلف ، وهو

غير معلوم ، وقد ضمنه قبل وجوبه ، ولأنــــه التزام حق من غير معاوضة ، فأشبه النذر ، وإن قال : ألق متاعك في البحر ، وعلي ضمانه ، صح ، لانه استدعاء إتلاف بعوض لغرض صحيح ، فصح ، كقوله : اعتق عبدك عني وعلي ثمنة .

فصل

ويصح ضمان الحال مؤجلاً ، لأن الغريم يلزمه أداؤه في جميع الأزمنة ، فجاز للضامن التزام ذلك في بعضه ، كبعض الدين . وان ضمن المؤجل حالاً لم يلزمه ، لأنه لا يلزم الأصيل ، فلا يلزم الضامن ، ويقع الضمان مؤجلاً على صفته في ذمة الضامن ، وإن ضمن الدين المؤجل . وقلنا: ان الدين يحل بالموت فمات أحدهما، حل الدين ، وبقي في ذمة الآخر إلى أجله . ولا يملك ورثــــة الضامن الرجوع على المضمون عنه قبل الأجل، لأنه لم يحل.

فصل

وإذا قضى الضامن الدين بإذن المضمون عنه، رجع عليه ، لأنه قضى دينه بإذنه ، فهو كوكيله . وإن ضمن بإذنه، رجع عليه ، لأنــــه تضمن الإذن في الأداء ، فأشبه ما لو أذن فيه صريحاً ، وإن ضمن بغير إذنـه وقضى بغير إذنه معتقداً للرجوع، ففيه روايتان . إحداهما : يرجع أيضاً ،لأنهقضاء مبرىء من

دين واجب لم يتبرع به ، فكان على من هو عليه، كما لو قضاه الحاكم عند امتناعه . والثانية : لا يرجع ، لأنه تبرع فلم يرجع به ، كما لو بنى داره أو أعلف دابته بغير إذنه ، فإن اختلفا في الإذن ، فالقول قول من ينكره ، لأن الأصل عدمه .

فصل

ويرجع الضامن بأقل الأمرين مما قضى ، أو قدر الدين ، لأنه إن قضاه أقل منه فإنما يرجع بما غرم ، وإن أدى أكثر منه ، فالزائد لا يجب أداؤه ، فقد تبرع به . وإن دفع عن الدين عرضاً ، رجع بأقل الأمرين من قيمته ، أو قدر الدين، وإن قضى المؤجل قبل أجله، لم يرجع قبل الأجل ، لأنه تبرع بالتعجيل، وإن أحاله بالغريم، رجع بأقل الأمرين مما أحال به أو دينه ، سواء قبض الغريم من المحال عليه أو لم يقبض ، لأن الحوالة كالتقبيض . وإن ضمن الضامن ضامن آخر ، فقضى الدين ، رجع على الضامن ، ثم رجع الضامن على المضمون عنه ، وإن قضاه الضامن ، رجع على الأصيل وحده ، فإن كان الأول ، ضمن بلا إذن ، والثاني ضمن بإذن، رجع الثاني على الأول، ولم يرجع الأول على أحد في إحدى الروايتين .

فصل

وإن ضمن بإذنه ، فطولب بالدين ، فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه ، لأنه لزمه الأداء بأمره . ولا يملك المطالبة قبل ذلك ، لأنه لا يملك الرجوع قبل الغرامة ، فلا يملك المطالبة قبل أن يطالب . وإن ضمن بغير إذنه ، لم يملك المطالبة به ، لأنه لا دين له ، ولا هو وكيل صاحب الدين ، ولا لزمه الأداء بإذن الغريم ، فأشبه الأجانب .

فصل

وإذا دفع المضمون عنه قدر الدين إلى الضامن عوضاً عما يقضيه في الثاني، لم يصح ، لأنه جعله عوضاً عما يجب عليه في الثاني فلم يصح ، كما لو دفع إليه شيئاً عن بيع لم يعقده ، ويكون ما قبضه مضموناً عليه ، لأنه قبضه على وجه البدل، فأشبه المقبوض ببيع فاسد . وفيه وجه أنه يصح ، لأن الرجوع بسببين؛ ضمان وغرم ، فإذا وجد أحدهما ، جاز تعجيل المال، كتعجيل الزكاة . فإن قضى الدين ، استقر ملكه على ما قبض . وإن برئ قبل القضاء ، وجب رد ما أخذ ، كما يجب رد الثمن إذا لم يتم البيع .

فصل

إذا ادعى الضامن القضاء ، فأنكره المضمون له ، فالقول قوله مع يمينه. لأن الاصل معه ، وله مطالبة من شاء منهما . فإن استوفى من الضامن ، لم يرجع

على المضمون عنه إلا بأحد القضائين ، لأنه يدعي أن المضمون عنه ظلمه بالأخذ الثاني ، فلا يرجع به على غيره . وفيما يرجع به وجهان . أحدهما : بالقضاء الأول ، لأنه قضاء صحيح ، والثاني ظلم . والوجه الثاني : يرجع بالقضاء الثاني ، لأنه الذي أبرأ الذمة ظاهراً ، فأما إن استوفى من المضمون عنه ، فهل للضامن الرجوع عليه ؟ ينظر ، فإن كذبه المضمون عنه في الأداء ، لم يرجع ، لأنه لم يثبت صدقه ، وإن صدقه ، وكان قد فرط في القضاء ، لم يرجع بشيء ، لأنه أذن له في قضاء مبرىء لم يوجد ، وإن لم يفرط رجع . وسنذكر التفريط في الوكالة إن شاء الله . فإن اعترف المضمون له بالقضاء ، وأنكر المضمون عنه لم يلتفت إلى إنكاره ، لأن الدين حق للمضمون له ، فإذا أقر بقبضه ، فقد أقر بأنه صار للضامن. ولأنه يثبت القضاء بالإقرار، فملك الرجوع به ، كما لو ثبت ببينة . وفيه وجه آخر : أن القول قول المضمون عنه لأنه منكر .

باب الكفالة

تصح الكفالة ببدن كل من يلزمه الحضور في مجلس الحاكم بحق يصح ضمانه ، لأنه حق لازم ، فصحت الكفالة به كالدين ، ولا تصح بمن عليه حد أو قصاص ، لأنها تراد للاستيثاق بالحق ، وهذا مما يدرأ بالشبهات ، ولا تصح بالمكاتب ، لأنه لا يلزمه الحضور ، فلا يلزم غيره إحضاره كالأجانب

وتصح الكفالة بالأعيان المضمونة ، كالغصوب والعواري ، لأنه يصح ضمانها . ولا تصح في الأمانات إلا بشرط التعدي فيها كضمانها سواء .

فصل

وإذا صحت الكفالة ، فتعذر إحضار المكفول به ، لزمه ما عليه ، لقول النبي ﷺ : « الزعيم غارم » ولأنها أحد نوعي الكفالة ، فوجب الغرم بها كالضمان . فإن غاب المكفول به ، أمهل كفيله قدر ما يمضي إليه فيعيده ، لأن ما لزم تسليمه لم يلزم إلا بمكان التسليم ، فإن مضى زمن الإمكان ، ولم يفعل ، لزمه ما عليه ، أو بذل العين التي تكفل بها ، فإن مات ، أو تلفت العين بفعل الله تعالى ، سقطت الكفالة ، لأن الحضور سقط عن المكفول به ، فبرىء كفيله ، كما يبرأ الضامن ببراءة المضمون عنه ، ويحتمل أن لا يسقط ، ويطالب بما عليه . وإن سلم المكفول نفسه ، أو برىء من الحق بأداء ، أو إبراء ، برىء كفيله ، لأن الحق سقط عن الأصيل ، فبرىء الكفيل كالضمان ، وإن أبرأ الكفيل ، صح كما يصح إبراء الضامن ، ولا يبرأ المكفول به كالضمان . وإن قال رجل: أبرىء الكفيل ، وأنا كفيل بمن تكفل به ، ففيه وجهان . أحدهما : يصح ، لأنه نقل الضمان إلى نفسه ، فصح ، كما لو أحال الضامن المضمون له على آخر . والثاني : لا يصح لانه شرط في الكفالة أن يبرىء الكفيل ، وهو شرط فاسد، فمنع صحة العقد .

فصل

وإذا قال : أنا كفيل بفلان ، أو بنفسه ، أو بدنه ، أو وجهه ، صحت الكفالة . وإن كفل ببعض بدنه ، فقال القاضي : لا يصح ، لأن ما لا يسري إذا خص به بعض الجسد ، لا يصح كالبيع . وقال غيره : إن كفل بعضو لا تبقى الحياة بدونه ، كالرأس والقلب والظهر ، صحت ، لأنه لا يمكن تسليمه بدون تسليم البدن ، فأشبه الوجه ، وإن كفل بغيرها ، كاليد والرجل، ففيه وجهان . أحدهما : لا يصح ، لأن تسليمه بدون البدن ممكن . والثاني : يصح لأنه لا يمكن تسليمه على صفته ، دون البدن، فأشبه الوجه.

فصل

إذا علق الكفالة والضمان على شرط ، أو وقتهما ، فقال : أنا كفيل بفلان شهراً ، وإن قدم الحاج ، أو زيد ، فأنا كفيل بفلان ، أو ضامن ما عليه ، فقال القاضي : لا يصح ، لأنه إثبات حق لآدمي ، فلم يجز ذلك فيه ، كالبيع . وقال أبو الخطاب والشريف أبو جعفر : يصح ، لأنه ضمان أو كفالة ، فصح تعليقه على شرط ، كضمان العهدة ، فعلى هذا لو قال : كفلت بفلان ، على أني إن جئت به ، وإلا فأنا كفيل بفلان ، أو ضامن ما عليه ، صح فيهما عندهما ، ولم يصح عند القاضي ، لأن الأول مؤقت ، والثاني معلق على شرط .

فصل

وتصح الكفالة ببدن الكفيل، كما يصح ضمان دين الضامن، وتجوز حالة ومؤجلة كالضمان، ولا تجوز إلى أجل مجهول، لأنه حق لآدمي فلم يجز إلى أجل مجهول كالبيع، وتجوز الكفالة مطلقة ومقيدة بالتسليم في مكان بعينه، فإن أطلق، ففي أي موضع أحضره وأسلمه إليه على وجه لا ضرر عليه، برىء. وإن كان عليه ضرر لم يبرأ بتسليمه، وكذلك إذا سلمه قبل المحل، قياساً على من سلم المسلم فيه قبل محله، أو غير مكانه. وإن كفل واحد لاثنين، فسلمه الى أحدهما، أو أبرأه أحدهما لم يبرأ من الآخر، لأنه حق لاثنين فلم يبرأ بأداء حق أحدهما، كالضمان. وإن كفل اثنان لرجل فأبرأ أحدهما، لم يبرأ الآخر كما في الضمان. وإن سلمه أحدهما لم يبرأ الآخر، لأنه برىء من غير استيفاء الحق، فلم يبرأ صاحبه، كما لو برىء بالإبراء، ويحتمل أن يبرأ، كما لو أدى أحد الضامنين الدين. وإن قال الكفيل أو الضامن: برئت مما كفلت به، لم يكن إقراراً بقبض الحق، لأنه قد يبرأ بغير ذلك.

فصل

إذا طولب الكفيل بإحضار المكفول به، لزمه أن يحضر معه، لأنه وكيل في إحضاره، فإن أراد إحضاره من غير طلب، والكفالة بإذنه، لزمه الحضور معه، لأنه شغل ذمته من أجله بإذنه، فكان عليه تخليصه، كما لو استعار

عبده فرهنه ، وإن كفل بغير إذنه ، لم يلزم الحضور معه، لأنه لم يشغل ذمته ، ولا له قبله حق .

فصل

اذا كفل إنساناً أو ضمنه ، ثم قال : لم يكن عليه حق ، فالقول قول خصمه ، لأن ذلك لا يكون الا بمن عليه حق ، فإقراره به إقرار بالحق، وهل يلزم الخصم اليمين ؟ فيه وجهان ، مضى توجيهها فيمن أقر بتقبيض الرهن ، ثم أنكره ، وطلب يمين المرتهن والله اعلم .



كتاب الوكالة

يصح التوكيل في الشراء لقول الله تعالى : (فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها ازكى طعاما فليأتكم برزق منه) الكهف : ٢٠ . ولما روى عروة بن ابي الجعد قال : أعطاني رسول الله ﷺ ديناراً اشتري له به شاة أو أضحية . ولأن الحاجة داعية إليها ، فإنه لا يمكن كل أحد شراء مايحتاج إليه ، فدعت الضرورة إليها . وتجوز في سائر عقود المعاملات، قياساً على الشراء ، وفي تملك المباحات، كإحياء الموات والاصطياد لأنه تملك مال بسبب لايتعين عليه ، فجاز التوكيل فيه كالشراء . وتجوز في عقد النكاح ، لأن النبي ﷺ ، وكل عمرو بن أمية الضمري ، فتزوج له أم حبيبة. ويجوز في الطلاق والعتاق والخلع والرجعة ، لأنها في معنى النكاح . ويجوز في إثبات الأموال والحكومة فيها ، حاضراً كان الموكل أو غائباً . لما روي أن علياً وكل عقيلاً عند أبي بكر رضي الله عنهما ، وقال : ماقضي عليه فعلي ، وما قضي له فلي . ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان وقال : إن للخصومة قحماً ، يعني : مهالك وهذه قضايا في مظنة الشهرة ، ولم تنكر فكانت إجماعا ، ولأن

الحاجة تدعو إلى ذلك ، بأن يكون له حق ، أو يدعيه،ولا يحسن الخصومة ، أو لا يحب حضورها . ويجوز التوكيل في الإقرار ، لأنه إثبات حق ، فأشبه البيع . ويجوز في إثبات القصاص ، وحـد القذف ، واستيفائهما في حضرة الموكل وغيبته ، لأنه حق آدمي أشبه المال . وقال بعض أصحابنا : لايجـوز استيفاؤهما في غيبته ، وقد أومأ إليه أحمد رضي الله عنه بأنه يجوز أن يعفو الموكل ، فيكون ذلك شبهة . ويجوز التوكيل في حقوق الله تعالى المالية ، لأن النبي ﷺ ، بعث عماله لقبض الصدقات وتفريقها ، وفي إثبات الحدود واستيفائها ، لأن النبي ﷺ قال : « واغديا أنيس على امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها».ولا تجوز في العبادات البدنية ، لأن المقصود فعلها ببدنه ، فلا تحصل من فعل غيره إلا في الحج ، لما سبق في بابه .

فصل

ولا تجوز في الأيمان والنذور ، ولأنها تتعلق بعين الحالف ، فلا تدخلها النيابة ، ولا في الإيلاء واللعان والقسامة ، لأنها أيمان ، ولا في الشهادة لأن غيره لا يقوم مقامه في المشاهدة ، ولا في الاغتنام لأنه يتعلق بالحضور ، فإذا حضر النائب كان السهم له ، ولا في الالتقاط ، لأنه بأخذه يصير لملتقطه .

فصل

ولا يصح التوكيل في شيء مما لا يصح تصرفه ، لأن من لا يملك التصرف بنفسه ، فبنائبه أولى . فلا يصح توكيل طفل ولا مجنون ولا سفيه لذلك ، ولا توكيل المرأة في النكاح ، ولا الفاسق في تزويج ابنته ، ولا المسلم لذمي في شراء خمر لذلك . فأما من يتصرف بالإذن ، كالعبد والصبي والوكيل ، فإن أذن لهم في التوكيل ، جاز ، وإن نهوا عنه ، لم يجز ، وإن أطلق لهم الإذن فلهم التوكيل فيما لا يتولون مثله بأنفسهم، أو يعجزون عنه لكثرته ، لأن تفويضه إليهم مع العلم بهذا ، إذن في التوكيل.وفيما سوى ذلك روايتان . إحداهما : لا يجوز لهم التوكيل ، لأنهم يتصرفون بالإذن ، فاختص بما أذن فيه ، ولم يؤذن في التوكيل . والثانية : يجوز ، لأنهم يملكون التصرف بأنفسهم فملكوه بنائبهم كالمالك الرشيد . فإن قال لوكيله : اصنع ماشئت ، ملك التوكيل ، لأنه مما يشاء. وولي اليتيم كالوكيل فيما ذكرناه ، ويملك الولي في النكاح التوكيل فيه من غير إذن المرأة ، لأن ولايته من غير جهتها ، فلم يعتبر إذنها في توكيله كالأب . وخرج القاضي ولاية الإجبار على الروايتين في الوكيل ، والفرق بينهما ظاهر .

فصل

ومن ملك التصرف لنفسه ، جاز له أن يتوكل فيه ، ومن لا فــلا . فيجوز توكيل الفاسق في قبول النكاح ، ولا يجوز في الإيجاب ، لأنه يجوز أن يقبل النكاح لنفسه. وقال القاضي: لا يجوز فيهما، لأن من لا يجوز أن يكون وكيلاً في إيجابه لا يكون وكيلاً في قبوله كالمرأة. ويجوز توكيل المرأة في الطلاق ، لأنه يجوز توكيلها في طلاق نفسها، فجاز في غيرها. ولا يجوز للعبد والمكاتب التوكيل إلا بإذن سيدهما ، ولا الصبي الا بإذن وليه ، وإن كان مأذونا له في التجارة ، لأن التوكل ليس من التجارة ، فلا يحصل الإذن فيه إلا بالإذن فيها .

فصل

وتصح الوكالة بكل لفظ دل على الإذن ، وبكل قول أو فعل دل على القبول ، مثل أن يأذن له في بيع شيء فيبيعه . ويجوز القبول على الفــور والتراخي ، نحو أن يبلغه أن فلانا وكله منذ عام ، فيقول : قبلت ، لأنه إذن في التصرف ، فجاز ذلك منه ، كالإذن في الطعام . ويجوز تعليقها على شرط ، نحو أن يقول : إذا قدم الحاج ، فأنت وكيلي في كذا ، أو بيع ثوبي .

فصل

ولا تصح إلا في تصرف معلوم ، فإن وكله في كل قليل وكثير، لم يصح ، لأنه يدخل فيه كل شيء ، فيعظم الغرر . وإن كان وكله في بيع ماله كلـه ، أو

ماشاء منه ، أو قبض ديونه كلها ، أو ماشاء منها ، أو الإبراء منها ، صح لأنه يعرف ماله ودينه ، فيعرف أقصى ما يبيع ويقبض ، فيقل الغرر . وإن قال: اشتر لي ماشئت ، أو عبداً بماشئت ، فقال أبو الخطاب : لايصح حتى يعرف البيع وقدر الثمن،لأن مايمكن شراؤه يكثر فيكثر الغرر . وإن قدر له أكثر الثمن وأقله، صح ، لأنه يقل الغرر . وقال القاضي: إذا ذكر النوع،لم يحتج إلى تقدير الثمن ، لأنه إذن في أعلاه . وقد روي عن أحمد فيمن قال : ما اشتريت من شيء فهو بيننا ، أن هذا جائز ، وأعجبه . وهذا توكيل في شراء كل شيء ، ولأنه إذن في التصرف، فجاز من غير تعيين ، كالإذن في التجارة .

فصل

ولا يملك من التصرف إلا ما يقتضيه إذن الموكل نطقاً أو عرفاً ، لأن تصرفه بالإذن ، فاختص ما تناوله الإذن ، فإذا وكله في الخصومة ، لم يملك الإقرار ولا الإبراء ولا الصلح . لأن إذنه لا يقتضي شيئاً من ذلك . فإن وكله في تثبيت حق،لم يملك قبضه، لإنه لم يتناوله النطق ولا العرف ، فإنه قديرضى للتثبت من لا يأمنه في القبض . وإن وكله في القبض ، فهل يملك تثبيته ؟ فيه وجهان . أحدهما : يملكه ، لأنه طريق القبض ، فكان التوكيل في القبض توكيلاً فيه . والثاني : لا يملك ، لما ذكرنا في التي قبلها . وإن وكله في البيع ، لم يملك الإبراء من ثمنه ، ويملك تسليم المبيع ، لأن العرف يتناوله ، ولأنه من

تمام العقد وحقوقه ، ولا يتهم فيه ، ولا يملك قبض الثمن ، لأن اللفظ لايتناوله ، وقد يرضى للبيع من لا يرضاه للقبض ، إلا أن تقتضيه الحال ، بان يكون بحيث لو تركه ضاع .

فصل

فإن وكله في البيع في وقت ، لم يملكه قبله ، ولا بعده ، لأنه قد يختص غرضه به في زمن لحاجته فيه . وإن وكله في بيعه لرجل ، لم يملك بيعه لغيره ، لأنه قد يقصد نفعه ، أو نفع المبيع بإيصاله إليه . وإن وكله في بيعه في مكان ، الثمن فيه أكثر أو أجود ،لم يملكه في غيره، لأنه قد يفوت غرضه . وإن تساوت الأمكنه ، أو قدر له الثمن ، ملك ذلك ، لأن الغرض فيهما واحد ، فالإذن في أحدهما إذن في الآخر . وإن وكله في بيع فاسد، لم يملكه، لأنه منهي عنه، ولا يملك الصحيح، لأنه لم يأذن له فيه. وإن قدر له الثمن في البيع، لم يملك البيع بأقل منه، لأنه لم يأذن له فيه نطقاً ولا عرفاً ، ويملك البيع بأكثر منه ، سواء كانت الزيادة من جنس الثمن أو غيره ، لأنه مأذون فيه عرفاً ، لأنها منفعة ولا تضره . وإن باع بعضه بدون ثمن جميعه، لم يجز ، وإن باعه بجميعه، صح ، لما ذكرناه . وله بيع باقيه لأنه إذن فيه ، ويحتمل أن لايملكه ، لأنه حصل غرضه ببيع بعضه ، فلا يبقى الإذن في باقيه. وإن وكله في شراء شيء ، لم يملك شراء بعضه ، لأن اللفظ لايقتضيه . وإن قال له : بعه بمائة درهم ،فباعه بعرض يساوي أكثر منها ، لم يجز

لأنه لم يأذن فيه نطقاً ولا عرفاً . وإن باعه بمائة دينار ، أو بتسعين درهماً وعشرة دنانير، ففيه وجهان . أحدهما : لا ينفذ ، لأنه خالفه في الجنس ، كالتي قبلها . والثاني : ينفذ ، لأنه مأذون فيه عرفاً ، لأنه يرضى الدينار مكان الدرهم عرفاً . وإن وكله في بيع عبيد أو شرائهم ، ملك ذلك صفقة واحدة وصفقات ، لأن العرف جار بكلا الأمرين . وإن أمره بصفقة واحدة ، لم يملك التفريق . وإن اشتراهم صفقة واحدة من رجلين، جاز ، لأن الصفقة من جهة واحدة .

فصل

وإن وكله في البيع وأطلق، لم يملك البيع بأقل من ثمن المثل ، لأن إذنه تقيد بذلك عرفاً ، لكون غير ذلك تضييعاً لماله ، وهو لا يرضاه . ولو حضر من يطلبه بأكثر من ثمن المثل، لم يجز بيعه بثمن المثل ، لأنه تضييع لمال أمكن تحصيله ، وإن باع بثمن المثل ، فحضر من يزيد في مدة الخيار، لم يلزمه الفسخ ، لانها زيادة منهي عنها، ولا يأمن رجوع صاحبها عنها ، فإن باع بأقل من ثمن المثل أو بأقل مما قدر له ، فعنه : البيع باطل ، لأنه غير مأذون فيه ، وعنه : يصح ، ويضمن الوكيل النقص ، لأنه فوته ، ويصح البيع لأن الضرر يزول بالتضمين. ولا عبرة بما يتغابن الناس به ، كدرهم في عشرة ، لأنه لا يمكن التحرز منه . وهل يلزم الوكيل جميع النقص أم ما بين ما يتغابن الناس به ، وما لا يتغابنون به؟

على وجهين . وكل موضع قلنا لا يملك البيع والشراء ، فحكمه فيه حكم الاجنبي، وقد ذكرناه، لأن هذا غير مأذون فيه .

فصل

وإن وكله في الشراء فأطلق، لم يجز أن يشتري بأكثر من ثمن المثل، لما ذكرنا. وإن اشترى بأقل من ثمن المثل ، أو أقل من ماقدر له، صح، لأنه مأذون فيه عرفاً. فإن قال: لا تشتره بأقل من مائة، لم يملك مخالفته، لأن نصه مقدم على دلالة العرف. وان قال : اشتره بمائة ، ولا تشتره بخمسين ، فله شراؤه بما فوق الخمسين ، لأنه باق على دلالة العرف . وان قال : اشتر لي عبداً وصفه بمائة ، فاشتراه بدونها جاز ، وان خالف الصفة، لم يلزم الموكل . وإن لم يصفه ، فاشترى عبداً يساوي مائة بأقل منها، جاز ، وإن لم يساو المائة، لم يلزم الموكل، وإن ساوى ما اشتراه به ،لأنه خالف غرضه . وإن قال : اشتر لي شاة بدينار ، فاشترى شاتين تساوي إحداهما ديناراً ، صح . لحديث عروة ، ولأنه ممتثل للأمر بإحداهما ، والثانية زيادة نفع ، وإن لم تساو ديناراً ، لم يصح. فإن باع الوكيل شاة، وبقيت التي تساوي ديناراً ، فظاهر كلام أحمد صحته، لحديث عروة . ولأنه وفى بغرضه فأشبه إذا زاد على ثمن المثل .

فصل

وإن وكله في الشراء نسيئة ، فاشترى نقداً ، لم يلزم الموكل ، لأنه لم يؤذن له فيه . وإن وكله في الشراء بنقد ، فاشترى بنسيئة أكثر من ثمن النقد ، لم يجز لذلك ، وإن كان بمثل ثمن النقد ، وكان فيه ضرر ، مثل أن يستضر بحفظ ثمنه ، فكذلك . وإذ لم يستضر به،لزمه ، لأنه زاده خيراً . وإن أذن له في المبيع بنقد لم يملك بيعه نسيئة ، وإن أذن له في البيع نسيئه ، فباع بنقد، فهي كمسألة الشراء سواء . وإن عين له نقداً،لم يبع إلا به ، وإن أطلق، لم يبع إلا بنقد البلد ، لأن الإطلاق ينصرف إليه . فإن كان فيه نقدان ، باع بأغلبها . وان قدر له أجلاً، لم تجز الزيادة عليه ، لأنه لم يرض بها . وإن أطلق الأجل ، جاز ، وحمل على العرف في مثله ، لأن مطلق الوكالة يحمل على المتعارف ، ولا يملك الوكيل في البيع والشراء شرط الخيار للعاقد معه ، لأنه لاحظ للموكل فيه ، وله شرط الخيار لنفسه ولموكله ، لأنه احتياط له .

فصل

إذا قال : اشتر لي بعين هذا الثمن،فاشترى له في ذمته،لم يقع للموكل،لأنه لم يرض بالتزام شيء في ذمته ، فلم يجز التزامه . وإن قال : اشتر لي في ذمتك ،ثم انقد هذا فيه ، فاشتراه بعينه ، صح للموكل ، لأنه أمره بعقد يلزمه به الثمن مع بقاء الدينار وتلفه ، فعقد له عقداً لا يلزمه ، فزاده خيراً ، ويحتمل

أن لا يصح ، لأنه أراد عقداً لا يبطل باستحقاقه ، ولا تلفه ففوت ذلك . وإن أطلق، فله الأمران ، لأن العرف جار بهما.

فصل

وإن وكله في شراء موصوف، لم يجز أن يشتري معيباً، لان إطلاق البيع يقتضي السلامة ، ولذلك يرد بالعيب . فإن اشترى معيباً يعلم عيبه،لم يقع للموكل لأنه مخالف له، وإن لم يعلم بالعيب، فالبيع صحيح، كما لو اشترى لنفسه ، فإن علم الموكل فرضي به ، فليس للوكيل رده ، لأن الرد لحقه، فسقط برضاه،وللوكيل الرد قبل علمه ، لأنها ظلامة حصلت بعقده ، فملك دفعها ، كالمشتري لنفسه . ولا يلزمه التأخير ، لأنه حق تعجل له ، وله أن يرضى به ، ويسقط خياره . فإذا حضر الموكل، فرضي به ، استقر العقد . وإن اختار الرد ، فله ذلك ، لأن الشراء له ، ولم يرض بالعيب . فإن أنكر البائع كون الشراء للموكل ، فالقول قوله ، ويرد المبيع على الوكيل في أحد الوجهين ، لأنه ابتاع المعيب،ومنعه الرد لرضاه بعيبه . والثاني : ليس له الرد عليه ، لأنه غير البائع ، وللمشتري أرش العيب ، لأنه فات الرد به من غير رضاه . فإن تعذر ذلك من البائع ، لزم الوكيل ، لأنه ألزمه المبيع . وإن قال البائع : موكلك قد علم بالعيب فرضي به ، فالقول قول الوكيل مع يمينه ، أنه لا يعلم ذلك ، لأن الأصل عدمه ، فإن قال آخر : الرد حتى يعلم موكلك ، لم يلزمه التأخير. فإن أخر، وقلنا: الردعلى الفور

لم يسقط خياره ، ذكره القاضي ، لأنه لم يرض به ، ويحتمل أن يسقط لتركه الرد مع إمكانه ، فإن رده، فقال الموكل : قد كنت رضيته معيباً، فصدقه البائع ، انبنى على عزل الوكيل قبل علمه ، لأن هذا كذلك ، وإن أنكره البائع، فالقول قوله ، انه لا يعلم ذلك . وإن وكله في شراء شيء عينه ، فاشتراه فوجده معيباً ففيه وجهان . أحدهما : يملك الرد ، لأنه معيب لم يرض به العاقد . والثاني : لا يملكه بغير رضى الموكل ، لأنه قطع نظره واجتهاده بالتعيين. فإن قلنا: يملكه فحكمه حكم غير المعين .

فصل

إذا وكله في قبض حقه من زيد ، فمات زيد ، لم يملك القبض من وارثه، لأنه لم يتناوله إذنه نطقاً لأنه غيره ، ولا عرفاً ، لأنه قد يرضى بقاء حقه عندهم دونه . وإن قال: اقبض حقي الذي قبل زيد ، فله القبض من وارثه ، لأن لفظه يتناول قبض الحق من غير تعرض للمقبوض منه . وإن وكل وكيلين في تصرف، لم يكن لأحدهما الانفراد به ، لأنه لم يرض بأحدهما. وإن وكله في قضاء دين تقيد بالإشهاد ، لأنه لا يحصل الاحتياط إلا به ، فإن قضاه بغير بينة ، فأنكر الغريم، ضمن لتفريطه . وإن شهد ببينة عادلة ، فماتت أو غابت، لم يضمن ، لأنه لا تفريط منه . وإن قضاه بحضرة الموكل من غير إشهاد ، ففيه وجهان . أحدهما يضمن ، لأنه ترك التحفظ . والثاني : لا يضمن ، لأنه إذا كان المؤدي

عنه حاضراً ، فهو التارك للتحفظ ، وإن قضاه ببينة مختلف فيها ، ففيه وجهان . أحدهما : يضمن ، لأنه ترك التحفظ . والثاني : لا يضمن ، لأنها بينة شرعية، أشبه المجمع عليها .

فصل

إذا اشترى لموكله، ثبت الملك للموكل ، لأنه قبل العقد لغيره ، فوجب أن ينقل الملك إلى ذلك الغير ، كما لو تزوج لغيره . ويثبت الثمن في ذمته أصلاً ، وفي ذمة الوكيل تبعاً . وللبائع مطالبة من شاء منهما ، كالضمان في أحد الوجهين ، وفي الآخر لا يثبت إلا في ذمة الموكل ، وليس له مطالبة غيره . فإن دفع الثمن فوجد به البائع عيباً ، فرده على الوكيل ، فتلف في يده ، فلا شيء عليه ، لأنه أمين ، وللبائع المطالبة بالثمن ، لأنه دين له ، فأشبه سائر ديونه ، وللوكيل المطالبة به لأنه نائب للمالك فيه .

فصل

والوكالة عقد جائز من الطرفين ، لكل واحد منهما فسخه ، لأنه إذن في التصرف ، فملك كل واحد منهما إبطاله ، كالإذن في أكل طعامه. وإن أذن لوكيله في توكيل آخر ، فهما وكيلان للموكل، لا ينعزل أحدهما بعزل الآخر ، ولا يملك الأول عزل الثاني ، لأنه ليس بوكيله . وإن أذن له في توكيله عن نفسه ، فالثاني وكيل الوكيل ينعزل به ، لأن وكالة الأول وعزله له ، لأنه فرعه .

فثبت فيه ذلك، كالوكيل مع موكله . وللموكل عزله وحده ، لأنه متصرف له فملك عزله كالأول .

فصل

وإذا خرج الموكل عن أهلية التصرف ، لموت أو جنون أو حجر أو فسق في ولاية النكاح ، بطلت الوكالة ، لأنه فرعه ، فيزول بزوال أصله . فإن وجد ذلك أو عزل الوكيل ، فهل ينعزل قبل علمه ؟ فيه روايتان . إحداهما : ينعزل ، لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضاه، فلم يفتقر الى علمه كالطلاق . والثانية : لا ينعزل ، لأنه أمر فلا يسقط قبل علمه بالنهي ، كأمر الشارع . وإن أزال الموكل ملكه عن ما وكله فيه ، بإعتاق أو بيع أو طلاق التي وكله في طلاقها ، بطلت الوكالة ، لأنه أبطل محليته . وإن وطىء الزوجة، أو دبر العبد أو كاتبه ، بطلت الوكالة ، لأن ذلك يدل على رجوعه، إذ لا يجتمع مقصود هذه التصرفات مع البيع ، والوطء يدل على رغبته في زوجته . وإن وكله في الشراء بدينار فتلف ، بطلت الوكالة ، فإن تلف بتفريطه فغرمه هو أو غيره، لم يملك الشراء ببدله ، لأن الوكالة بطلت بتلفه .

فصل

ولا تبطل بالنوم والسكر والإغماء ، لانه تثبت الولاية عليه، ولا بالردة لأنها لا تمنع ابتداء وكالته ، فلا تمنع استدامتها، ولا بالتعدي فيما وكل فيه ،

كلبس الثوب، وركوب الدابة ، لأن العقد يتضمن أمانة وتصرفاً . فإذا بطلت الأمانة ، بقي التصرف كالرهن المتضمن وثيقة وأمانة . وإن وكله في بيع عبد، ثم باعه المالك بيعاً فاسداً ، لم تبطل الوكالة ، لأن ملكه فيه لم يزل ، ولا يؤول إلى الزوال وإن وكل زوجته ثم طلقها ، لم تنعزل ، لأن الطلاق لا ينافي الوكالة ، ولا يمنع ابتداءها . وإن وكل عبده ثم أعتقه ، أو باعه ، فكذلك . ويحتمل أن ينعزل ، لأن أمره لعبده استخدام ، وليس بتوكيل في الحقيقة .

فصل

ويجوز التوكيل بجعل ، لأنه تصرف لغيره لا يلزمه ، فجاز أخذالعوض عنه ، كرد الآبق . وإذا وكله في البيع بجعل فباع ، استحق الجعل قبل قبض الثمن، لأن البيع يتحقق قبل قبضه . فإن قال في التوكيل:فإذا سلمت إلي الثمن ،فلك كذا ،وقف استحقاقه على التسليم إليه ، لاشتراطه إياه . وإن قال : بع هذا بعشرة، فما زاد فلك،صح وله الزيادة ، لأن ابن عباس كان لا يرى بذلك بأساً .

فصل

وليس للوكيل في بيع شيء بيعه لنفسه ، ولا للوكيل في الشراء أن يشتري من نفسه ، لأن العرف فيالعقد أن يعقد معغيره،فحملالتوكيل عليه ،

ولأنه تلحقه تهمة ويتنافى الغرضان ، فلم يجز كما لو نهاه. وعنه: يجوز ، لأنه امتثل أمره، وحصل غرضه ، فصح كما لو باع أجنبياً . وإنما يصح بشرط أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء ، ويتولى النداء غيره لتنتفي التهمة . قال القاضي : ويحتمل أن لا يشترط ذلك . وكذلك الحكم في بيعه لوكيله ، أو طفل يلي عليه أو ولده أو والده ، أو مكاتبه أو تزويجه لابنته إذا وكله أن يتزوج له ، لأنه يتهم في حقه، ويترك الاستقصاء عليهم . وإن أذن له الموكل في هذا ، جاز لانتفاء التهمة مع صريح الإذن . وإن وكله رجل في بيع عبده، ووكله آخر في شرائه، فله أن يتولى طرفي العقد، كما يجوز للأب ذلك في حق ولده الصغير.

فصل

فإذا وكل عبداً في شراء عبد من سيده ، جاز لأنه يجوز أن يشتري من غير سيده ، فجاز منه كالأجنبي . وإن وكله في شراء نفسه ، جاز لأنه يجوز أن يشتري غيره ، فجاز أن يشتري نفسه ، كالأجنبي،فإن قال السيد: ما اشتريت نفسك إلا لنفسك ، عتق لإقرار سيده بحريته ، والقول قول السيد في الثمن، لأن الظاهر ممن باشر العقد أنه له ، ولو وكله سيده في إعتاق نفسه ، أو وكل غريمه في إبراء نفسه، صح ، لأنه وكيله في إسقاط حق نفسه ، فجاز كتوكيل الزوجة في طلاقها . وإن وكل غريمه في إبراء غرمائه ، لم يملك إبراء نفسه ، كما لو وكله في حبسهم لم يملك حبس نفسه ، وإن وكله في تفرقة صدقة ، لم يملك

صرفها إلى نفسه ، لأنه مأمور بإعطاء غيره ، قال أصحابنا : ولا يملك إعطاء ولده ووالده ، لأنهم كنفسه، ويحتمل جواز ذلك، لأن لفظه يعمهم ، ولا قرينة تخرجهم .

فصل

والوكيل أمين لاضمان عليه فيما تلف تحت يده بغير تفريط ، بجعل وبغير جعل ، لأنه نائب المالك ، أشبه المودع ، والقول قوله فيما يدعيه من تلف ، وعدم تفريط ، وخيانة لذلك ، والقول قوله في الرد ، إن كان متطوعاً ، لأنه قبض المال لنفع مالكه ، فهو كالمودع، وان كان بجعل، ففيه وجهان. أحدهما : يقبل قوله ، لأنه أمين أشبه المودع . والثاني : لايقبل ، لانه قبضه لنفع نفسه ، أشبه المستعير . وان قال : بعت وقبضت الثمن ، فتلف في يدي ، ففيه وجهان . ذكرناهما في الرهن . وإن اختلفا في أصل الوكالة ، فالقول قول من ينكرها ، لأن الأصل عدمها . وإن اختلفا في دفع المال إلى الوكيل، فالقول قوله لذلك ، فإن أنكره ، ثم اعترف به ، ثم ادعى تلفه أو رده ، لم يقبل ،لأن خيانته ثبتت بجحده ، وكذلك الحكم في المودع . وإن أقام بدعواه بينة ، ففيه وجهان . أحدهما : تقبل ، لأنها شهدت بما لو أقر به لثبت ، فقبلت : كما لو لم ينكر . والثاني : لاتقبل ، لأنه مكذب بها بجحده ، فإن كان جحوده: أنك لاتستحق علي شيئاً، سمع قوله في الرد والتلف ، لأنه لم ينكر القبض ، فيجوز

أن يريد: لا تستحق علي شيئاً لتلفه أو رده. وإن اختلفا في صفة الوكالة ، فقال: وكلتني في بيع هذا ، فقال : بل في بيع هذا ، أو قال : وكلتني في بيعه بعشرين ، قال: بل بثلاثين، أو قال: وكلتني في بيعه نسيئة قال: بل نقداً، فالقول قول الموكل، لانه منكر للعقد الذى يدعيه الوكيل ، فأشبه ما لو أنكر أصل الوكالة ، ولأنهما اختلفا في صفة قول الموكل ، فكان القول قوله ، كما لو اختلف الزوجان في صفة أصل الطلاق . ونص أحمد رضي الله عنه في المضارب على أن القول قوله ، والوكيل في معناه ، لأنه أمين في التصرف ، فكان القول قوله في صفته ، كما لو اختلفا في بيع الثوب المأذون في بيعه . وإن قال: اشتريت هذا لك بعشرة قال : بل بخمسة فالحكم فيه كذلك . وإن قال : اشتريت هذه الجارية لك بإذنك بعشرة فأنكر الإذن في شرائها ، فالقول قول الموكل ، فيحلف ويبطل البيع إن كان بعين المال ، ويرد الجارية على البائع إن صدق الوكيل في أنه وكيل ، وان أنكر الشراء لغيره ، فالقول قوله ، وعلى الوكيل غرامة الثمن لموكله ، وتبقى الجارية في يده ، ولا تحل له ، لأنها ليست ملكاً له ، فإن أراد استحلالها ، اشتراها ممن هي له في الباطن ، فإن أبى بيعها استحب للحاكم أن يرفق به ، ليبيعه إياها ، ولا يجبر ، لأنه عقد مراضاة ، فإن أبى فقد حصلت في يده لغيره ، وله في ذمة صاحبها ثمنها ، فأقرب الوجوه فيها أن يأذن الحاكم له في بيعها ، ويوفيه حقه من ثمنها ، لأن الحاكم باعها في وفاء دينه ، فإن قال صاحبها: ان كانت لي ، فقد بعتكها بعشرين ، فقال القاضي : لا يصح ، لأنه بيع معلق على شرط . ويحتمل

أن يصح ، لأن هذا شرط واقع يعلمانه ، فلا يضر جعله شرطاً ، كما لو قال : إن كانت جارية فقد بعتكها .

فصل

فإن قال : تزوجت لك فلانة بإذنك فصدقته المرأة ، وأنكره ، فالقول قول المنكر ، لأن الأصل معه ولا يستحلف، لأن الوكيل يدعي حقاً لغيره. وإن ادعته المرأة ، استحلف ، لأنها تدعي صداقها عليه فإن حلف ، برىء من الصداق ، ولم يلزم الوكيل ، لأن حقوق العقد تتعلق بالموكل ، فإن كان الوكيل ضمنه لها، فلها مطالبته به ، وليس لها نكاح غيره، لاعترافها أنها زوجته ، فتؤخذ بإقرارها ، ولا يكلف الطلاق ، لأنه لم يثبت في حقه نكاح ، ويحتمل أن يكلفه، لإزالة احتمال ، لأنه يحتمل صحة دعواها ، فينزل منزلة النكاح الفاسد . ولومات أحدهما ، لم يرثه الآخر ، لأنه لم يثبت صداقها فترث ، وهو ينكر أنها زوجته فلا يرثها .

باب الشركة

يجوز عقد الشركة في الجملة، لما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «يقول الله تعالى: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خان أحدهما صاحبه، خرجت من بينهما» رواه أبو داود. وتكره شركة الذمي إلا أن يكون المسلم يتولى البيع والشراء، لما روى الخلال بإسناده عن عطاء قال: نهى رسول الله عن مشاركة اليهودي والنصراني إلا أن يكون البيع والشراء بيد المسلم، ولأنه لا يأمن معاملتهم بالربا، والعقود الفاسدة.

فصل

والشركة على أربعة أضرب. أحدها: شركة العنان، وهو أن يشترك اثنان بماليهما على أن يعملا فيه ببدنيهما، والربح بينهما، فإذا صحت، فما تلف من المالين، فهو من ضمانهما، وإن خسرا، كانت الخسارة بينهما على قدر المالين، لأنهما صارا كمال واحد في ربحه، فكذلك في خسارته، والربح بينهما على ما شرطاه، لأن العمل يستحق به الربح، وقد يتفاضلان فيه، لقوة أحدهما وحذقه، فجاز أن يجعل له حظ من الربح كالمضارب.

فصل

وتصح الشركة في الدراهم والدنانير ، لأنها أثمان البياعات، وقيم الأموال. ولا تصح بالعروض في إحدى الروايتين ، لأن قيمة أحدهما ربما تزيد قبل بيعه، فيشاركه الآخر في نماء العين التي هي ملكه . والثانية : تصح الشركة بها ويجعل رأس المال قيمتها وقت العقد ، لأن مقصودها نفوذ تصرفها في المال المشترك ، وكون ربحه بينهما، وهذا ممكن في العروض . والحكم في النقرة والمغشوش والفلوس ، كالحكم في العروض ، لأن قيمتها تزيد وتنقص ، فأشبهت العروض . ولا تجوز الشركة بمجهول ولا جزاف ، لأنه لا يمكن الرجوع به عند المفاضلة ، ولا بدين ولا غائب ، لأنه مما لا يجوز بيعه والتصرف فيه ، وهو مقصود الشركة .

فصل

ويجوز في المختلفين ، فيكون لأحدهما دنانير ، والآخر دراهم ، ولأحدهما صحاح ، وللآخر مكسرة ، أو لأحدهما مائة ، والآخر مائتان ، لأنها أثمان ،فصحت الشركة بها كالمتفقين ، ويرجع كل واحد منهما عند المفاضلة بمثل ماله ، نص عليه ، لأنها أثمان ،فيجب الرجوع في مثلها كالمتفقين . وتجوز الشركة وإن لم يخلطا المالين ، لأنه يقصد بها كون الربح بينهما ، فلم يشترط خلط المال كالمضاربة .

فصل

ومبناها على الوكالة والأمانة ، لأن كل واحد منهما بتفويض المـــال إلى صاحبه أمنه ، وبإذنه له في التصرف وكله ، ولـكل واحد منهما العمل في المالين بحكم الملك في حصته ، والوكالة في حصة شريكه . وحكمهـــا في جوازها وانفساخها حكم الوكالة ، لتضمنها للوكالة ، فإن عزل أحدهما صاحبه قبل أن ينض المال ، فذكر القاضي : أن ظاهر كلام أحمد رضي الله عنـه أنـه لا ينعزل حتى ينض ، كالمضارب إذا عزله رب المال . وقال أبو الخطاب : ينعزل ، لأنها وكالة . فإذا عزله فطلب أحدهما البيـع ، والآخر القسمة، أجيب طالب القسمة لأنه يستدرك مايحصل من الربح بالقسمة ، فلم يجبر على البيع بخلاف المضارب، وهذا إنما يصح إذا كان الربح على قدر المالين ، فإن زاد ربح أحدهما عن ماله ، لم يستدرك ربحه بالقسمة ، فيتعين البيع كالمضاربة .

فصل

فإن مات أحدهما ، فلوارثه إتمام الشركة ، فيأذن للشريك ، ويأذن له الشريك في التصرف ، لأن هذا إتمام للشركة ، وليس بابتداءلها ، فـــلا تعتبر شروطها ، وكذلك إن مات رب المال في المضاربة ، فلوارثه إتمامها في ظاهر كلامه، ويحتمل أن لا يجوز إتمامها إلا أن يكون المال ناضاً ، لأن العقد قد بطل بالموت ، وهذا ابتداء عقد ، فلا يجوز بالعروض . وإن مات عامل المضاربة،

لم يجز إتمامها إلا على الوجه الذي يجوز ابتداءها، لأنه لم يخلف أصلاً يبنى عليه. ولو كان مال الشركة والمضاربة موصى به، والموصى له كالوارث في هذا، فإن كانت الوصية لغير معين، كالفقراء، فليس للموصي الإذن في التصرف، لأنه قد وجب دفعها إليهم.

فصل

ولكل واحد من الشريكين أن يبيع ويشتري مساومة ومرابحة وتولية ومواضعة، ويقبض المبيع والثمن، ويقبضهما ويطالب بالدين، ويخاصم فيه، ويرد بالعيب في العقد الذي وليه هو أو صاحبه، ويحيل ويحتال ويستأجر، ويفعل كل ما هو من مصلحة التجارة بمطلق الشركة، لأن هذا عادة التجار، وقد أذن له في التجارة. وهل لأحدهما أن يبيع نساء أو يبضع أو يودع أو يسافر بالمال؟ يخرج على روايتين. إحداهما: له ذلك، لأنه عادة التجار، ولأن المقصود الربح، وهو في هذه أكثر. والأخرى: لا يجوز، لأن فيه تغريراً بالمال. وهل له التوكيل؟ يخرج على الروايتين في الوكيل، لأنه وكيل. وإذا وكل أحدهما، فللآخر عزله، لأنه وكيله. وهل له أن يرهن ويرتهن؟ فيه وجهان. أحدهما: له ذلك، لأن الرهن يراد للإيفاء والارتهان يراد للاستيفاء، وهو يملكهما، فيملك ما يراد لهما. والثاني: لا يجوز، لأن فيه خطراً، وفي الاقالة وجهان. أصحهما: أنه يملكها، لأنه إن كانت

بيعاً فقد أذن فيه ، وإن كانت فسخاً ، ففسخ البيع المضر من مصلحة التجاره فملكه ،كالرد بالعيب . والآخر لا يملكها ، لأنها فسخ فلا تدخل في الإذن في التجارة .

فصل

وليس له أن يكاتب رقيقه ، ولا يزوجه ، ولا يعتقه بمال ، ولا يقرض ولا يحابي ، لأن ذلك ليس بتجارة ، وليس له المشاركة بمال الشركة ، ولا المضاربة به ، ولا خلطه بماله ، ولا مال غيره ، لأنه يثبت في المال حقوقاً ، وليس هو من التجارة المأذون فيها ، ولا يأخذ به سفتجة ولا يعطيها ، لأن فيه خطراً . ولا يستدين على مال الشركة ، ولا يشتري ماليس عنده ثمنه ، لأنه يؤدي إلى الزيادة في مال الشركة ، ولم يؤذن فيه، فإن فعل ، فعليهثمن ما اشتراه ويختص بملكه وربحه وضمانه ، وكذلك ما استدانه أو اقترضه . ويجوز أن يشتري نساء ما عنده ثمنه ، لأنه لا يفضي إلى الزيادة فيها ، وإن أقر على مال الشركة، قبل في حقه دون صاحبه ، سواء أقر بعين أو دين، لأن الإقرار ليس من التجارة . وقال القاضي : يقبل إقراره على مال الشركة ، ويقبل إقراره بعيب في عين باعها ، كما يقبل إقرار الوكيل على موكله به : نص عليه ، لأنه يتولى بيعها ، فقبل إقراره بالعيب ، كالكها . فإن رد عليه المعيب فقبله ، أو دفع أرشه ، أو أخر ثمنه ، أو حط بعضه لأجل العيب ، جاز ، لأن العيب

يجوز الرد ، وقد يكون ما يفعله من هذا أحظ من الرد ، فأما إن حط بعض الثمن ابتداء ، أو أسقط ديناً عن غريمهما ، أو أخره عليه ، لزم في حقه دون صاحبه ، لأنه تبرع فجاز في حقه دون شريكه كالصدقة . فإن قال له : اعمل برأيك فله عمل ما يقع في التجارة من الرهن والارتهان والبيع نساء ،والإبضاع بالمال ،والمضاربة به والشركة،وخلطه بماله، والسفر به وإيداعه، وأخذ السفتجة ودفعها ونحوه،لأنه فوض إليه الرأي في التصرف في التجارة، وقد يرى المصلحة في هذا . وليس له التبرع والحطيطة ، والقرض وكتابة الرقيق ، وعتقه وتزويجه ، لأنه ليس بتجارة، وإنما فوض إليه العمل برأيه في التجارة .

فصل

الضرب الثاني: شركة الأبدان، وهو أن يشترك اثنان فيما يكتسبانه بأبدانهما ، كالصانعين يشتركان على أن يعملا في صناعتهما أو فيما يكتسبانه من مباح كالحشيش والحطب والمعادن، والتلصص على دار الحرب، فما رزق الله فهو بينهما. فهو جائز، لما روى عبد الله بن مسعود قال: اشتركت أنا وعمار وسعد فيما نصيب يوم بدر ، قال : فجاء سعد بأسيرين، ولم أجيء أنا وعمار بشيء. رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه، واحتج به أحمد. ومبناها على الوكالة، لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه، وما يتقبله كل واحد من الأعمال،فهو من ضمانهما، يطالب به كل واحد منهما، ويلزمه عمله. قال القاضي : ويحتمل أن لا يلزم كل واحد منهما

ما لزم صاحبه، كالوكيلين. ويصح مع اتفاق الصنائع واختلافها، لأنهما اتفقا في مكسب واحد، كما لو اتفقت الصنائع. وقال أبو الخطاب: لا تصح مع اختلافها، لأن الشركة تقتضي أن ما يتقبله أحدهما يلزم صاحبه، ولا يمكن أن يلزمه عمل صناعة لا يحسنها .

فصل

والربح بينهما على ما شرطاه من مساواة أو تفاضل ، لأنهما يستحقان بالعمل، والعمل يتفاضل، فجاز أن يكون الربح متفاضلاً. وما لزم أحدهما من ضمان لتعديه وتفريطه ، فهو عليه خاصة ، لأن ذلك لا يدخل في الشركة . ولكل واحد منهما طلب الأجرة ، وللمستأجر دفعها إلى أيهما شاء . وإن تلفت في يد أحدهما بغير تفريط ، فلا ضمان عليه، لأنه وكيل.

فصل

وإن عمل أحدهما دون صاحبه، فالكسب بينهما، لحديث ابن مسعود حين جاء سعد بأسيرين وأخفق الآخران . وإن ترك أحدهما العمل لعجز أو غيره، فللآخر مطالبته بالعمل ، أو بإقامة من يعمل عنه أو يفسخ .

فصل

إذا كان لرجلين دابتان، فاشتركا على أن يحملا عليهما ، فما زرق الله تعالى من الأجرة ، فهو بينهما ، صح . ثم إن تقبلا حمل شيء في ذمتهما فحملاه عليهما ، صح، والأجرة على ما شرطاه ، لأن تقبلهما الحمل أثبته في ذمتهما وضمانهما،والشركة تنعقد على الضمان كشركة الوجوه . وإن أجراهما على حمل شيء ، اختص كل واحد منهما بأجرة دابته ، ولا شركة ، لأنه لم يجب الحمل في ذمته ، وإنما استحق المكتري منفعة هذه البهيمة التي استأجرها ، ولهذا تنفسخ الإجارة بموتها . ولا يصح أن يكون كل واحد منهما وكيل صاحبه في إجارة دابة نفسه ، ولهذا لو قال : أجر دابتك وأجرها بيني وبينك ، لم يصح . فإن أعان أحدهما صاحبه في التحميل ، فله أجرة مثله ، لأنها منافع وفاها بشبهة عقد .

فصل

فإن دفع دابته إلى رجل يعمل عليها ، أو عبده ليكتسب ، ويكون ما يحصل بينهما نصفين ، أو أثلاثا، صح ، نص عليه. لانها عين تنمي بالعمل عليها ، فجاز العقد عليها ببعض نمائها ، كالشجر فى المساقاة . ونقل عنه أبو داود فيمن يعطي الفرس على نصف الغنيمة : أرجو أن لا يكون به بأس ، ووجهه ماذكرناه . وإن دفع ثياباً إلى خياط ليخيطها ويبيعها ، وله جزء

من ربحها ، أو غزلاً لينسجه ثوباً بثلث ثمنه ، أو ربعه ، جاز ، وإن جعل معه دراهم ، لم يجز . وعنه : الجواز ، والأول المذهب ، لأنه لا يجوز أن يشترط في المساقاة دراهم معلومة ، وإنما أجاز أحمد ذلك تشبيهاً بالمساقاة ، قال : نراه جائزاً ، لأن النبي ﷺ أعطى خيبر على الشطر .

فصل

وإن دفع رجل بغلة، وآخر راوية إلى رجل،ليستقي وما رزقهم الله بينهم، فقياس المذهب صحته ، لأن كل واحد منهما عين تنمي بالعمل عليها ، فصح دفعها بجزء من النماء كالتي قبلها . وقال القاضي : لا يصح ، لأن المشاركة بالعروض لا تصح. والأجرة للعامل ، لأنه ملك الماء باغترافه في الإناء ، فلصاحبيه أجرة المثل ، لأنه استوفى منافع ملكهما بشبهة عقد . ولو اشترك صانعان على أن يعملا بأداة أحدهما في بيت الآخر ، والكسب بينهما ، صح ، لأن الأجرة على عملهما ، وبه يستحق الربح ، ولا يستحق بالآلة والبيت شيء ، إنما يستعملانها في العمل،فصارا كالدابتين في الشركة . ولو اشترك صاحب بغل وراوية على أن يؤجراهما ، والأجرة بينهما ، لم يصح ، لأن حاصله أن كل واحد منهما يؤجر ملكه، ويعطي الآخر من أجرته، وليس بصحيح، والأجرة كلها لمالك البهيمة ، لأنه صاحب الأصل، وللآخر أجرة مثله .

فصل

الضرب الثالث: شركة الوجوه ، وهو : أن يشترك رجلان فيما يشتريان بجاهها ، وثقة التجار بهما من غير أن يكون لهما رأس مال ، على أن ما اشترياه فهو بينهما على ما اتفقا عليه من مساواة ، أو تفاضل . ويبيعان فما رزق الله تعالى من الربح ، فهو بينهما على ما اتفقا عليه ، فهو جائز ، سواء عين أحدهما لصاحبه مايشتريه ، أو قال: ما اشتريت من شيء فهو بيننا ، نص عليه . والربح بينهما على ما اشترطاه . وقال القاضي : الربح بينهما على قدر ملكيهما في المشترى. ولنا أنهما شريكان في المال فجاز تفاضلهما في الربح ، مع تساويهما في الملك . كشريكي العنان ، والوضيعة على قدر ملكيهما في المشترى ،لأنه رأس المال . ومبناها على الوكالة ، لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه فيما يشتريه ويبيعه . وحكمها في جواز ما يجوز لكل واحد منهما ، أو يمنع منه حكم شركة العنان .

فصل

الضرب الرابع : شركة المفاوضة ، وهو أن يشتركا في كل شيء يملكانه ، ومايلزم كل واحد منهما من ضمان غصب ، أو جناية أوتفريط ، وفي ما يجدان من ركاز أو لقطة ، فلا يصح ، لأنه يكثر فيها الغرر ، ولأنها لاتصح بين المسلم والكافر ، فلاتصح بين المسلمين، كسائر العقود للنهي عنها ، ولأنه يدخل فيها أكساب غير معتادة ، وحصول ذلك وهم لا يتعلق به حكم .

باب المضاربة

وهو أن يدفع إنسان ماله إلى آخر يتجر فيه، والربح بينهما. وهي جائزة بالإجماع، يروى إباحتها عن عمر وعلي وابن مسعود وحكيم بن حزام رضي الله عنهم في قصص مشتهرة، ولا مخالف لهم فيكون إجماعاً. وتسمى مضاربة وقراضا، وتنعقد بلفظهما، وبكل مايؤدي معناهما، لأن القصد المعنى، فجاز بما دل عليه كالوكالة. وحكمها حكم شركة العنان في جوازها وانفساخها، وفي مايكون رأس المال فيها، وما لا يكون، وما يملكه العامل، وما يمنع منه، وكون الربح بينهما على ماشرطاه، لأنها شركة، فيثبت فيها ذلك، كشركة العنان.

فصل

ويشترط تقدير نصيب العامل، ونصيب كل واحد من الشريكين في الشركة بجزء مشاع، لأن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها، والمضاربة في معناها. فإن قال: خذه مضاربة والربح بيننا، صح، وهو بينهما نصفين، لأنه أضافه إليهما إضافة واحدة من غير ترجيح لأحدهما، فاقتضى التسوية، كقوله: هذه الدار بيني وبينك. وإن قال: على أن لك ثلث الربح، صح، والباقي لرب المال، لأنه يستحقه، لكونه نماء له، فلم يحتج إلى شرطه.

وإن قال : على أن لي ثلث الربح ، ولم يذكر نصيب العامل ، ففيه وجهان . أحدهما : لا يصح ، لأن العامل إنما يستحق بالشرط ولا شرط له . والثاني : يصح ، والباقي للعامل ، لأنه يدل بخطابه على ذلك ، كقوله تعالى (وورثه أبواه فلأمه الثلث) النساء : ١١ . دل على أن باقيه للأب . وإن قال : لي النصف ولك الثلث ، وترك السدس ، فهو لرب المال ، لأنه يستحقه بماله . وإن قال : خذه مضاربة بالثلث، صح ، وهو للعامل ، لأن الشرط يراد من أجله ، ورب المال يأخذه بماله لا بالشرط . ومتى اختلفا لمن الجزء المشروط ، فهو للعامل لذلك ، واليمين على مدعيه.

فصل

وإن لم يذكر الربح ، أو قال : لك جزء من الربح ، أو شركة ، لم تصح المضاربة ، لأن الجهالة تمنع تسليم الواجب . وإن قال : لك مثل ما شرط لفلان وهما يعلمانه ، صح ، وإن جهلاه أو أحدهما ، لم يصح . ولا يجوز أن يشرط لأحدهما دراهم معلومة ، لأنه يحتمل أن لا يربحها ، أو لا يربح غيرها . فيختص أحدهما بجميع الربح . ولو شرط لأحدهما ربح أحد الألفين ، أو أحد الكيسين ، أو أحد العبدين ، وللآخر ربح الآخر ، أو جعل حقه في عبد يشتريه ، أو أنه إذا اشترى عبداً ، أخذه برأس المال ، لم يصح، لإفضائه الى اختصاص أحدهما بالربح .

فصل

وإن قال : خذه مضاربة والربح كله لك ، أو قال : لي ، لم يصح ، لأن موضوعها على الاشتراك في الربح ، فشرطه كله له . ينافي مقتضى العقد ، فبطل. وإن قال : خذه فاتجر به ، والربح كله لك ، فهو قرض ، لأن اللفظ يصلح للقرض، وقد قرن به حكمه، فتعين له. وإن قال: والربح كله لي، فهو إبضاع ، لأنه قرن به حكمه .

فصل

فإن قال لغريمه : ضارب بالدين الذي عليك ، لم يصح ، لأن ما في يد الغريم لنفسه لا يصير لغريمه إلا بقبضه. فإن عزل شيئاً واشترى به، فالشراء له، لأنه اشترى بماله ، ويحتمل أن تصح المضاربة ، لأنه اشترى له بإذنه ، ودفع المال إلى من أذن له في دفعه إليه ، فبرئت به ذمته . وإن كانت له وديعة ، فقال للمودع : ضارب بها ، صح ، لأنه عين ماله . وإن كان عرضاً فقال : بعه وضارب بثمنه ، صح ، لأن الثمن عين مال رب المال ، وإن قال : اقبض مالي على فلان ، فضارب به ففعل ، صح ، لأنه وكيل في قبضه فيصير كالوديعة

فصل

ويصح أن يشرط على العامل أن لا يسافر بالمال ، ولا يتجر به إلا في بلد بعينه ، أو نوع بعينه أو لا يعامل إلا رجلاً بعينه ، لأنه أذن في التصرف فجاز ذلك فيه كالوكالة. ويصح توقيتها، فيقول: ضاربتك بهذه الدراهم سنة لذلك، نص عليه ، وعنه : لا يصح، اختارها أبو حفص، لأنه عقد يجوز مطلقاً، فلم يجز توقيته كالنكاح . ويصح أن يشرط نفقة نفسه حضراً وسفراً قياساً على الوكيل .

فصل

ولا يصح أن يشترط ما ينافي مقتضى العقد ، نحو أن يشرط لزوم المضاربة ، أو لا يعزله مدة بعينها ، أو لا يبيع إلا برأس المال ، أو أقل ، أو يوليه ما يختار من السلع ، لأنه يفوت المقصود من العقد . وإن شرط أن يتجر له في مال آخر مضاربة ، أو بضاعة أو خدمة في شيء ، أو يرفق بالسلع ، أو شرط على العامل الضمان ، أو الوضيعة أو سهماً منها ، أو متى باع سلعة ، فهو أحق بها بالثمن ، فالشرط فاسد ، لأنه ليس في مصلحة العقد ، ولا مقتضاه .

فصل

وكل شرط يؤثر في جهالة الربح يبطل المضاربة ، لأنه يمنع التسليم الواجب ، وما لا يؤثر فيها ، لا يبطلها في قياس قوله ، لنصه فيما إذا شرط سهماً من الوضيعة أن المضاربة صحيحة ، لأنه إذا حذف الشرط ، بقي الإذن بحاله ويحتمل البطلان ، لأنه إنما رضي بالعقد بهذا الشرط ، فإذا فسد ، فات الرضى به ففسد، كالمزارعة إذا شرط البذر من العامل ، وكالشروط الفاسدة في البيع . ومتى فسدت ، فالتصرف صحيح ، لأنه بإذن رب المال والوضيعة عليه ، لأن كل عقد لا ضمان في صحيحه لا ضمان في فاسده ، والربح لرب المال ، لأنه نماء ماله . وانما يستحق بالشرط وهو فاسد هاهنا لا يستحق به شيء ،وللعامل أجر مثله ، لأنه بذل منافعه بعوض لم يسلم له . وإن فسدت الشركة ، قسم الربح على رؤوس أموالهما ، ورجع كل واحد منهما على الآخر بأجر عمله ، لما ذكرنا . وقال الشريف أبو جعفر : الربح بينهما على ما شرطاه ، لأنه عقد يجوز أن يكون عوضه مجهولاً ، فوجب المسمى في فاسده كالنكاح .

فصل

وعلى العامل عمل ما جرت العادة بعمله له ، من نشر وطي ، وإيجاب وقبول، وقبض ثمن، ووزن ما خف ، كالنقود والمسك والعود ، لأن إطلاق الإذن يحمل على العرف ، والعرف أن هذه الأمور يتولاها بنفسه ، وإن

استأجر من يفعلها ، فعليه الأجرة في ماله ، لأنه بذلها عوضاً عما يلزمه ، وما جرت العادة أن يستنيب فيه ، كحمل المتاع ووزن ما يثقل والنداء ، فله أن يستأجر من مال القراض من يفعله ، لأنه العرف . فإن فعله بنفسه ليأخذ أجره ، لم يستحقها ، نص عليه ، لأنه تبرع بفعل ما لم يلزمه ، فلم يكن له أجر كالمرأة التي تستحق على زوجها خادماً إذا خدمت نفسها . ويتخرج أن له الأجر ، لأنه فعل ما يستحق الأجر فيه ، فاستحقه كالأجنبي .

فصل

وليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال ، لأن الإذن لم يتناول غيره. فإن كان ألفاً فاشترى عبداً بألف ، فهو للمضاربة ، لأنه مأذون فيه . وإن اشترى آخر ، لم يدخل في المضاربة ، لأنه غير مأذون فيه . وحكمه حكم ما لو اشترى لغيره شيئاً بغير إذنه . فإن تلف الألف قبل نقده في الاول ، فعلى رب المال الثمن ، لأن الشراء بإذنه ، ويصير رأس المال الثمن الثاني ، لأن الأول تلف قبل تصرفه فيه ، وإن تلف قبل الشراء ، لم يدخل المشترى في المضاربة ، لأنها انفسخت قبل الشراء ، لتلف رأس المال وزوال الإذن .

فصل

وليس له التصرف إلا على الاحتياط ، كالوكيل ، لأنه وكيل رب المال إلا أن له شراء المعيب ، لأن مقصودها الربح ، وقد يربح في المعيب بخلاف الوكالة ، فإن الشراء فيها يراد للقنية. فإن اشترى شيئاً فبان معيباً ، فله رده ، فإن اختلف هو ورب المال في رده ، فعل ما فيه النظر ، لأن المقصود الحظ لهما ، فإذا اختلفا، قدم الأحظ.

فصل

فإن اشترى من يُعتق على رب المال ، صح ، لأنه مال متقوم قابل للعقود فصح شراؤه، كالذي نذر رب المال عتقه ، و يعتق، وعلى العامل الضمان، علم أو لم يعلم ، لأن مال المضاربة تلف بتفريطه . وفي قدر ما يضمن وجهان . أحدهما : ثمنه ، لأنه فات فيه .. والثاني : قيمته ، لأنها التالفة . وقال أبو بكر : إن لم يعلم ، لم يضمن ، لأنه معذور ، فلم يضمن ، كما لو اشترى معيباً لم يعلم عيبه . ويتخرج أن لا يصح شراؤه ، لأن الإذن تقيد بالعرف لما يمكن بيعه والربح فيه ، فلا يتناول غيره ، ولأنه تقيد بما يظن الحظ فيه ، وهذا لا حظ للتجارة فيه ، ولهذا جعلناه مفرطاً، وألزمناه الضمان . وإن اشترى زوجة رب المال ، أو زوج ربة المال ، صح ، وانفسخ النكاح لملكه إياه ، فإن كان قبل

الدخول ، فعلى العامل نصف الصداق ، لأنه أفسد نكاحه ، فأشبه من أفسده بالرضاع .

فصل

فإن اشترى من يُعتق على نفسه ، ولا ربح في المال ، لم يعتق. وان ظهر فيه ربح ، وقلنا : لا يملك العامل إلا بالقسمة ، لم يعتق أيضاً ، وإن قلنا: يملكه بالظهور ، عتق عليه قدر حصته منه ، وسرى إلى باقيه إن كان موسراً ، وغرم قيمته، وإن كان معسراً، لم يعتق عليه إلا ماملك. وقال أبو بكر : لا يعتق بحال لأنه لم يتم ملكه في الربح ، لكونه وقاية لرأس المال .

فصل

وليس له وطء جارية من المال ، فإن فعل ، فعليه المهر ، لأنها مملوكة غيره ويعزر ، نص عليه ، ولا حد عليه لشبهة حقه فيها . وقال القاضي : عليه الحد إن لم يظهر ربح ، لأنه لا ملك له فيها ، والأول أولى ، لأن ظهور الربح ينبني على التقويم ، وهو غير متحقق فيكون شبهة . فإن ولدت منه ، ولم يظهر ربح ، فالولد مملوك ، ولا تصير به الجارية أم ولد ، لأنها علقت به في غير ملك ، وإن ظهر ربح ، فالولد حر ، وأمه أم ولد ، وعليه قيمتها ، ويسقط من القيمة والمهر قدر حصة العامل منها . وإن أذن له رب المال في التسري فاشترى جارية ، خرجت من المضاربة ، وصار ثمنها قرضاً ، لأن استباحة البضع

لا تكون إلا بملك أو نكاح ، لقول الله تعالى (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) . المؤمنون : ٦ .

فصل

وليس لرب المال وطء جارية من المضاربة ، لأن لغيره فيها حقاً ، فإن فعل ، فلا حد عليه ، لأنها ملكه . وإن لم تعلق منه ، فالمضاربة بحالها ، وإن علقت منه، فالولد حر ، وتصير أم ولد له ، وتخرج من المضاربة ، وتحسب عليه قيمتها ، ويأخذ المضارب حصته من الربح مما بقي .

فصل

وليس له دفع المال مضاربة ، لأنه إنما دفع إليه المال ليضارب به ، وبهذا يخرج عن كونه مضاربة ، فإن فعل فهو مضمون على كل واحد منهما،على الأول لتعديه ، وعلى الثاني لأخذه مال غيره بغير إذنه ، فإن غرم الأول، ولم يعلم الثاني بالحال ، لم يرجع عليه ، لأنه دفعه إليه أمانة ، وإن علم ، رجع عليه، وإن غرم الثاني مع علمه ، لم يرجع على أحد ، وإن لم يعلم فهل يرجع على الأول ؟ على وجهين ، بناء على المشتري من الغاصب، وإن ربح ، فالربح لرب المال ، لأنه نماء ماله ولا أجرة لواحد منهما ، لأن الأول لم يعمل ، والثاني عمل في مال غيره بغير إذنه ، فأشبه الغاصب . وعنه: له أجرة مثله ، لأنه عمل في المال بشبهة

المضاربة،فأشبه المضاربة الفاسدة. ويحتمل أنه إن اشترى في الذمة ، كان الربح له ، فأما إن دفعه إلى غيره بإذن رب المال،صح،ويصير الثاني هو المضارب.فإن شرط الدافع لنفسه شيئاً من الربح، لم يستحق شيئاً ، لأن الربح يستحق بمال، أو عمل، وليس له واحد منهما، فإن قال له رب المال: اعمل برأيك ، فعن أحمد رضي الله عنه : جواز دفعه مضاربة كما ذكرنا في الشركة .

فصل

إذا تعدى المضارب بفعل ماليس له ، فهو ضامن ، لأنه تصرف بغير إذن المالك فيصير كالغاصب ، والربح لرب المال ولا أجرة له ، لأنه عمل بغير إذن ،أشبه الغاصب ۰ وعنه: له أجرة مثله مالم تحط بالربح ، كالإجارة الفاسدة . وعنه : له أقل الأمرين من أجرته أو ما شرط له ، لأنه رضي بما جعل له ، فلا يستحق أكثر منه ، ولا يستحق أكثر من أجرة المثل ، لأنه لم يفعل ما جعل له الربح فيه ، وقال القاضي : إن اشترى في الذمة ، ثم نقد المال ، فكذلك ، وإن اشترى بعين المال ، فالشراء باطل في رواية ، والنماء للبائع ، وفي رواية يقف على إجازة المالك ، فإن لم يجزه ، فالبيع باطل أيضاً ، وإن أجازه ، صح والنماء له، وإن أخذ الربح ، كان إجازة منه للعقد ، لأنه دل على رضاه . وفي أجرة المضارب ما ذكرناه .

فصل

ونفقة العامل على نفسه حضراً وسفراً ، لأنها تختص به فكانت عليه كنفقة زوجته ، ولأنه دخل على أن له جزءاً مسمى فلم يستحق غيره ، كالمساقي . وإن شرط نفقته ، فله ذلك ، لقول النبي ﷺ « المؤمنون على شروطهم » ويستحق تقديرها ، لأنه أبعد من الغرر ، فإن أطلق ، جاز ، لأن لها عرفاً تنصرف إليه ، فأشبه إطلاق الدينار في بلد له فيه عرف . قال أحمد : ينفق على ما كان ينفق غير متعد بالنفقة ، ولا مضر بالمال ، وله نفقته من المأكول خاصة ، إلا أن يكون سفراً طويلاً يحتاج إلى تجديد كسوة ، فله أن يكتسي ، فإن كان معه مال آخر ، فالنفقة على المالين بالحصص ، لأن النفقه للسفر ، والسفر لهما . وإن مات لم يجب تكفينه ، لأنه لم يبق عاملاً ، وإن لقيه رب المال في السفر ، ففسخ المضاربة ، فلا نفقه له لرجوعه لذلك .

فصل

وللمضارب أن يأخذ مضاربة أخرى ، إذا لم يكن فيه ضرر على الأولى ، لأنه عقد لا يملك به منافعه كلها ، فلم يملك عقداً آخر كالوكالة . فإن كانت الثانية تشغله عن الاولى ، لم يجز ، لأنه تصرف يضربه ، فلم يجز كالبيع بغبن ، فإن فعل نصيبه من الربح في الثاني إلى ربح الاول ، فاقتسماه ، لأن ربحه الثاني حصل بالمنفعة التي اقتضاها العقد الأول . وإن فعل ذلك بإذن الأول ، جاز ،

لأن الحق له فجاز بإذنه . فإن أخذ مالين من رجلين، واشترى بكل مال عبداً فاشتبها عليه ، ففيه وجهان . أحدهما : يكونان شريكين فيهما ، كما لو اشتركا في عقد البيع . والثاني : يأخذهما العامل ، وعليه رأس المال ، لأنه تعذر ردهما بتفريطه ، فلزمه ضمانهما كما لو أتلفهما .

فصل

وإذا دفع إليه ألفاً، ثم دفع إليه ألفاً آخر، لم يجز لهضم أحدهما إلى الآخر لأنه أفرد كل واحد بعقد له حكم، فلم يملك تغييره،فإن امره بضمهما قبل التصرف فيهما، أو بعد أن نضا،جاز وصارا مضاربة واحدة .وإن كان بعد التصرف قبل أن ينضا ، لم يجز، لأن حكم مايتصرف فيه قد استقر ، فصار ربحه وخسرانه مختصاً به، فضم الآخر إليه يوجب جبر وضيعة أحدهما بربح الآخر، فلم يجز.

فصل

وليس للمضارب ربح حتى يستوفي رأس المال ، لأن الربح هو الفضل عن رأس المال . فلو ربح في سلعة ، وخسر في أخرى ، أو في سفرة وخسر في أخرى ، جبرت الوضيعة من الربح . وإن تلف بعض المال قبل التصرف ، فتلفه من رأس المال ، لأنه تلف قبل التصرف ، أشبه التالف قبل القبض . وإن تلف بعد التصرف، حسب من الربح ، لأنه دار في التجارة .فإن اشترى عبدين بمائة ، فتلف أحدهما، وباع الآخر بخمسين ، فأخذ منها رب المال خمسة وعشرين

بقي رأس المال خمسين ، لأن رب المال أخذ نصف المال الموجود ، فسقط نصف الخسران . ولو لم يتلف العبد، وباعها بمائة وعشرين ، فأخذ رب المال ستين ، ثم خسر العامل فيما معه عشرين ، فله من الربح خمسة ، لأن سدس ما أخذه رب المال ربح ، للعامل نصفه ، وقد انفسخت المضاربة فيه، فلا يجبر به خسران الباقي . وإن اقتسما العشرين الربح خاصة ، ثم خسر عشرين ، فعلى العامل رد ما أخذه ، وبقي رأس المال تسعين ، لأن العشرة الباقية مع رب المال تحسب من رأس المال . ومهما بقي العقد على رأس المال ، وجب جبر خسرانه من ربحه . وإن اقتسما الربح قال أحمد : إلا أن يقبض رأس المال صاحبه ، ثم يرده إليه ، أو يحتسبا حسابا كالقبض ، وهو أن يظهر المال ، ويجيء به فيحتسبان عليه ، فإن شاء صاحبه قبضه ، ولا يكون ذلك إلا في الناض ، دون المتاع ، لأن المتاع قد يتغير سعره ، وأما قبل ذلك، فالوضيعة تجبر من الربح ، ولذلك لو طلب أحدهما قسمة الربح دون رأس المال ، لم يلزم الآخر إجابته ، لأنه لا يأمن الخسران في الثاني . وإن اتفقا على قسمه أو قسم بعضه ، أو على أن يأخذ كل واحد منهما كل يوم قدراً معلوماً ، جاز ، لأن الحق لهما ، ولو تبين للمضارب ربح ، لم يجز له أخذ شيء منه إلا بإذن رب المال .

فصل

ويملك العامل الربح بالظهور ، وعنه : لا يملكه ، لانه لو ملكه اختص بما ربحه . والأول المذهب ، لأنه يملك المطالبة بقسمه فملك كالمشترك . وإنما لم يختص بربحه ، لأنه وقاية لرأس المال .

فصل

ولكل واحد منهما فسخ المضاربة ، لأنها عقد جائز . فإذا فسخ والمال عرض فاتفق على قسمه ، أو بيعه ، جاز . وإن طلب العامل البيع وأبى رب المال وفيه ربح ، أجبر عليه ، لأن حقه في الربح لا يظهر إلا بالبيع . وإن لم يكن فيه ربح ، لم يجبر ، لأنه لا حق له فيه . وإن طلب رب المال البيع، وأبى العامل ، أجبر في أحد الوجهين ، لأنه يستحق عليه رد المال كما أخذه ، والآخر لا يجبر ، لأنه متصرف لغيره بحكم عقد جائز ، فلم يلزمه التصرف كالوكيل . وإن كان ديناً ، لزم العامل تقاضيه ، لأن المضاربة تقتضي رد المال على صفته .

فصل

ويجوز أن يدفع المال إلى اثنين مضاربة ، فإن شرط لهما جزءاً من الربح، ولم يبين كيف هو بينهم ، فهو بينهم نصفين ، لأن إطلاق لفظها يقتضي التسوية. وإن شرط لأحدهما ثلث الربح ، وللآخر سدسه ، صح لأن عقد الواحد مع

الاثنين عقدان . وإن قارض اثنان واحداً بألف لهما ، جاز ، وكان بمنزلة عقدين ، فإذا شرطا له جزءاً من الربح ، والباقي لهما على قدر ملكيتهما ، فإن كان بينهما نصفين ، فشرط أحدهما للمضارب نصف ربح نصيبه وشرط له الآخر الثلث ، والباقي بينهما نصفين ، لم يجز ، لأن كل واحد منهما يستحق ما بقي من الربح بعد شرطه ، فإذا شرط التسوية ، فقد شرط أحدهما جزءاً من ربح مال صاحبه بغير عمل . وإن دفع اليه ألفاً ، وقال : أضف إليها من مالك ألفاً ، والربح بينا ، لك ثلثاه ولي ثلثه ، جاز ، وكان شركة وقراضاً ، وللعامل النصف بماله ، والسدس بعمله . وإن قال : الربح بيننا نصفين ، نظرنا في لفظه ، فإن قال : خذه مضاربة ، فسد ، لأنه جعل ربح ماله كله له ، وذلك ينافي مقتضى المضاربة . وإن لم يقل مضاربة ، صح ، وكان إبضاعاً . وإن قال : ولي الثلثان ، فسد ، لأنه يشرط لنفسه جزءاً من ربح مال صاحبه بغير عمل .

فصل

وإن أخرج ألفاً وقال : أتجر أنا وأنت فيها والربح بيننا ، صح ، نص عليه ، وذكره الخرقي بقوله : أو بدلان بمال أحدهما. وقال ابن حامد والقاضي: لا يصح ، لأن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى العامل ، وهذا الشرط ينفي ذلك. والأول أظهر ، لأن العمل أحد ما تتم به المضاربة ، فجاز انفراد أحدهما به.

كالمال ، ومقتضى المضاربة إطلاق التصرف في المال والمشاركة في الربح ، وهذا لا ينفيه . فإن شرط المضارب أن يعمل معه غلام رب المـــال ، فهو أولى بالجواز ، لأن عمل الغلام يصح أن يكون تابعاً لعمل العامل ، كالحمل على بهيمته . وقال القاضي : لا يجوز ، لأن يد العبد كيد سيده .

فصل

والعامل أمين لا ضمان عليه فيما تلف بغير تعد ، لأنه متصرف في المال بإذن المالك لا يختص بنفعه ، فأشبه الوكيل .والقول قوله فيما يدعيه من تلف، أو يدعي عليه من جناية لذلك . وإن قال: هذا اشتريته لنفسي ، أو للمضاربة ، أو اختلفا في نهي رب المال له عن شرائه ، فالقول قوله ، لأن الأصل عدم النهي ، وهو أعلم بنيته في الشراء ، وإن اختلفا في رد المـــال ، فالقول قول المالك، لأنه قبض المال لنفع نفسه ، فلم يقبل قوله في الرد ، كالمستعير . وإن اختلفا فيما شرط له من الربح ، ففيه روايتان . إحداهما : القول قول المالك ، لأن الأصل عدم ما اختلفا فيه . والثانية : إن ادعى العامل أجـــرة المثل ، أو قدراً يتغابن الناس به ، فالقول قوله ، لأن الظاهر صدقه . وإن ادعى أكثر ، فالقول قول المالك ، لأن الظاهر صدقه ، فأشبها الزوجين إذا اختلفا في المهر .

فصل

وإن أقر بربح ثم قال: خسرته ، أو تلف ، قبل قوله . وإن قال : غلطت أو نسيت، لم يقبل، لأنه مقر بحق لآدمي، فلم يقبل رجوعه، كالمقر بدين. ولو اقترض العامل شيئاً ، تمم به رأس المال ، ثم عرضه على رب المال فأخذه ، لم يقبل رجوع العامل ، ولم يملك المقرض مطالبة رب المال ، لأن العامل ملكه بالقرض ، أقر به لرب المال . ويرجع المقرض على العامل.

فصل

فإن قال المالك : دفعت إليك المال قرضاً ، قال : بل قراضاً ، أو بالعكس ، أو قال : غصبتنيه قال : بل أودعتنيه ، أو بالعكس . أو قال : أعرتكه قال : بل أجرتنيه ، أو بالعكس ، فالقول قول المالك ، لأنه ملكه، فالقول قوله في صفة خروجه عن يده . وإن قال المضارب : شرطت لي النفقة فأنكره ، فالقول قول رب المال ، لأن الاصل عدمه . وان اتفقا على الشرط فقال المضارب : إنما أنفقت من مالي ، فالقول قوله ، لانه أمين فقبل قوله في الإنفاق ، كالوصي . وله الرجوع سواء كان المال في يده أو لم يكن .

فصل

وإن اشترى رب المال شيئاً من مال المضاربة ، لم يصح في إحدى الروايتين ، لأنه ملكه ، فلم يجز له شراؤه ، كماله الذي مع وكيله . والثانية : يصح ، لأنه قد تعلق به حق غيره ، فأشبه مال مكاتبه . ويصح أن يشتري المضارب من مال المضاربة لنفسه ، لأنه ملك غيره ، فصح شراؤه له ، كشراء الوكيل من موكله . ولا يصح شراء السيد من عبده المأذون ، لأنه ماله ، ويحتمل أن يصح إذا ركبته الديون . وإن اشترى أحد الشريكين من مال الشركة ، بطل في نصيبه ، وفي الباقي وجهان بناء على تفريق الصفقة . ويحتمل أن يصح في الجميع بناء على شراء رب المال من مال المضاربة . وإن استأجر أحد الشريكين من شريكه داراً ليحرز فيها مال الشركة ، أو غرائر ، صح ، نص عليه . وإن استأجره أو غلامه أو دابته لنقل المتاع ، ففيه روايتان . إحداهما : يجوز قياساً على الدار . والثانية : لا يجوز ، لأن الحيوان لا تجب له الأجرة إلا بالعمل ولا يمكن إبقاؤه في المشترك لعدم تميز نصيب أحدهما من الآخر ، بخلاف الدار ، فإن الواجب موضع العين من الدار ، فيمكن تسليم المعقود عليه .

فصل

ولا يجوز قسمة الدين في الذمم ، لأنها لا تتكافأ ، والقسمة بغير تعديل بيع . ولا يجوز بيع دين بدين وعنه : يجوز ، لأن الاختلاف لا يمنع القسمة

قياساً على اختلاف الأعيان ، ولا يمكن قسمة الدين في ذمة واحدة ، لأن معناها إفراز الحق . ولا يتصور في ذمة واحدة .

فصل

إذا كان لاثنين دين في ذمة رجل بسبب واحد ، فقبض أحدهما منه شيئاً فهو بينهما ، إذ لا يجوز أن يكون المقبوض نصيب من قبضه ، لما فيه من قسمة الدين في ذمة واحدة ، وللشريك القابض مطالبته بنصيبه منه لذلك . وله مطالبة الغريم ، لأنه لم يبرأ من حقه بتسليمه إلى غيره بغير إذنه ، ومن أيهما أخذ ، لم يرجع على الآخر ، لأن حقه ثبت في أحد المحلين . فإذا اختار أحدهما ، سقط حقه من الآخر . وإن هلك المقبوض في يد القابض تعين حقه فيه ، ولم يضمنه للغريم ، لأنه قدر حقه فما تعدى بالقبض . وإنما كان لشريكه مشاركته لثبوته مشتركاً . وإن أبرأ أحدهما الغريم ، برىء من نصيبه، ولم يرجع عليه الآخر بشيء ، لأنه كتلفه . وإن أبرأه من نصف حقه ثم قبضا شيئاً ، اقتسماه أثلاثاً . وإن أخر أحدهما حقه ، جاز ، لأنه يملك إسقاطه فتأخيره أولى ، وإن اشترى بنصيبه شيئاً ، فهو كما لو اشترى بعين مال مشترك بينهما . وإن كان الحق ثابتاً بسببين ، كعقدين ، أو إتلافين ، فلا شركة بينهما ، ولكل واحد استيفاء حقه مفرداً ، فلا يش[illegible]ه الآخر فيه .

فصل

إذا ملكا عبداً ، فباعه أحدهما بأمر الآخر ، فادعى المشتري أنه قبض ثمنه ، فأنكر البائع وصدقه الآخر ، برىء من نصف ثمنه لاعتراف صاحبه بقبض وكيله له ، والقول قول البائع مع يمينه في أنه لم يقبض ، لأن الاصل عدمه . ولا تقبل شهادة شريكه عليه ، لأن له فيها نفعاً ، فإذا حلف ، قبض نصيبه من المشتري ، ولم يشاركه شريكه فيه ، لأنه يدعي أنه يأخذه ظلماً . وإن كان البائع ادعى أن شريكه قبض الثمن كله فأنكره ،لم تبرأ ذمةالمشتري ، لأنه لم يوكله في القبض ، وليس للبائع مطالبة المشتري بأكثر من نصيبه ، لاعترافه بأن ذمته برئت من نصيب صاحبه . فإذا قبض نصيبه ، فلصاحبه مشاركته فيه ، لأن دينها واحد . فإذا رجع عليه ، لم يكن للمقبوض منه مطالبة المشتري بشيء آخر ، لاعترافه بقبضه لجميع حقه ، وان ما يأخذه صاحبه منه ظلم ٠ ويحتمل أنه ليس لصاحبه مشاركته ، لانه ملك لاثنين ، وعقد الواحد مع الاثنين كعقدين .

باب العبد المأذون

لا يجوز للعبد التجاره بغير إذن مولاه ، لأن منافعه مملوكة له ، فلا يملك التصرف فيها بغير إذنه . فإن رآه يتجر فسكت ، لم يصر مأذوناً له ، لأنه بيع يفتقر إلى الإذن ، فلم يكن السكوت إذناً فيه كبيع مال الأجنبي . وإن اشترى في ذمته ، لم يصح ، لأنه عقد معاوضة ، فأشبه النكاح . فإن قبض المبيع فتلف في يده ، تعلقت برقبته ، كجنايته ، لأنه تلف في يده على وجه يلزمه ضمانه فأشبه ما لو أتلفه .

فصل

وإذا أذن له المولى ، جاز ، لأن الحجر لحقه فملك إزالته ، ولا يملك التجارة إلا فيما أذن فيه ، لأن تصرفه بالإذن فلم يملك إلا مادخل فيه ، كالوكيل. فإن عين له نوعاً أو قدراً ، لم يملك التجارة في غيره . وإن أذن له في التجارة مطلقاً ، جاز ولم يكن له أن يؤجر نفسه ولا يتوكل ، لأنه عقد على نفسه فلم يملكه ، كبيع نفسه وتزوجه. ولا ينصرف إلا على النظر والاحتياط كالمضارب، لأن إطلاق الإذن يحمل على العرف ، وهو ماقلناه . ولا يبطل الإذن ، فلا يقطع استدامته كما لو غصبه غاصب .

فصل

ولا يجوز تبرع المأذون له بالدراهم والكسوة ، لأنه ليس بتجارة ولا من توابعها ، فلم يدخل في الإذن فيها وتجوز هديته المأكول ، واتخاذ الدعـــوة وإعارة دابته مالم يسرف لما روي عن النبي ﷺ أنه كان يجيب دعوة المملوك . ولأن العادة جارية به بين التجار ، فجاز ، كصدقة المرأة بالكسرة من بيت زوجها .

فصل

وما كسب العبد من المباح ، أو وهب له فقبله ، ملكه مولاه ، لأنه كسب ماله فملكه ، كصيد فهده . وإن ملكه سيده مالا ، ملكه ، لقول النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال ، فماله للبائع » ولأنه يملك البضع فملك المـال ، كالحر . وعنه : لا يملك ، لأنه مال فلم يملك المال كالبهيمة . فإن ملكه سيده جارية لم يملك وطأها قبل الإذن فيه ، لأن ملكه غير تام ، فإن أذن له فيه ، ملكه . قال أبو بكر : على كلتا الروايتين ، لأنه يملك الاستمتاع بالنكاح ، فملكه بالشراء كالحر . وقال القاضي : بل هذا بناء على الرواية التي يملك المـال ، ولا يملك ذلك على الأخرى ، لقول الله تعالى (إلا على أزواجهم أوماملكت أيمانهم) المؤمنون : ٦ . وإن لزمته كفارة ، فكفارته الصيام لا غير إن لم يأذن له سيده في التكفير بالمال . وإن أذن له فيه ، انبنى على الروايتين في ملكه . فإن قلنا : لا يملك ، لم يكفر بغير الصيام . وإن قلنا : يملك ، فله التكفير بالإطعام

والكسوة ، وفي العتق وجهان . أحدهما : يملكه ، قياساً على الإطعام والكسوة . والثاني : لا يملكه ، لأنه يتضمن الولاء ، والعبد ليس من أهله . فعلى الأول إن أذن له في التكفير بإعتاق نفسه فهل يجزئه ؟ على وجهين . والله تعالى أعلم .

باب المساقاة

تجوز المساقاة على النخل، وسائر الشجر بجزء معلوم ، يجعل للعامل من الثمر ، لما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع ، متفق عليه . ولأنه مال ينمي بالعمل عليه ، فجازت المعاملة عليه ببعض نمائه ، كالأثمان، ولا تجوز على ما لا يثمر . كالصفصاف ، لأن موضوعها على أن للعامل جزءاً من الثمرة ، وفي المساقاة بعد ظهور الثمرة روايتان . حكاهما أبو الخطاب . إحداهما : الجواز إذا بقي من العمل ما تزيد به الثمرة ، لأنها جازت في المعدومة مع كثرة الغرر ، فمع قلته أولى . والثانية : المنع ، لإفضائها إلى أن يستحق جزءاً من النماء الموجود قبل العمل ، فلم يصح ، كالمضاربة بعد الربح . وإن ساقاه على شجر يغرسه، ويعمل عليه حتى يحمل

فيكون له جزء من الثمرة ، جاز . نص عليه ، لأن الثمرة تحصل بالعمل عليها كما تحصل على النخل المغروس ، ولا تصح إلا على شجر معين معلوم برؤية ، أو صفة، لأنها معاوضة يختلف الغرض فيها باختلاف الأعيان، فأشبهت المضاربة. ولو قال : ساقيتك على أحد هذين الحائطين ، لم يصح.

فصل

وظاهر كلام أحمد رضي الله عنه : أنها عقد جائز ، لما روي عن ابن عمر أن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يقرهم بخيبر على أن يعملوها ويكون لرسول الله ﷺ شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع ، فقال رسول الله ﷺ : « نقركم على ذلك ما شئنا » رواه مسلم . فلو كانت لازمة ، لقدر مدتها ، ولم يجعل إخراجهم إليه إذا شاء ، ولأنه عقد على مال بجزء من نمائه فكان جائزاً كالمضاربة فلذلك لا يفتقر إلى ضرب مدة . وإن وقتاها ، جاز ، كالمضاربة ، وتنفسخ بموت كل واحد منهما وجنونه ، وفسخه لها . فإن انفسخت بعد ظهور الثمرة ، فهي بينهما ، لأنها حدثت على ملكهما، وعلى العامل تمام العمل، كعامل المضاربة إذا انفسخت قبل أن ينض المال . وإن انفسخت قبل ظهورها ، بفسخ العامل قبل ظهور الثمرة ، فلا شيء له ، لأنه رضي بإسقاط حقه . وإن انفسخت بغير ذلك ، فللعامل أجرة مثله ، لأنه منع إتمام عمله الذي يستحق به العوض ، فصار كعامل الجعالة .

وقال بعض أصحابنا : هو لازم ، لأنه عقد معاوضة فكان لازماً . كالإجارة . فعلى هذا يفتقر إلى تقدير مدتها كالإجارة . ويجب أن تكون المدة تكمل الثمرة في مثلها ، لأن المقصود اشتراكهما في الثمرة . فلا يحصل بدون ذلك. فإن شرطا مدة لا تكمل الثمرة فيها، فعمل العامل، ففيه وجهان. أحدهما : لا شيء له ، لأنه رضي بالعمل بغير عوض ، فأشبه المتطوع . والثاني : له أجرة مثله ، لأنه يقتضي العوض، فلم يسقط بالرضى بتركه . كالوطء في النكاح . وإن جعلا مدة تحمل في مثلها ، فلم تحمل ، فلا شيء له ، لأنه عقد صحيح ، فيه مسمى صحيح ، فلم يستحق غيره . كعامل المضاربة إذا لم يربح . وإن جعلا مدة قد تكمل فيها ، وقد لا تكمل ، ففيه وجهان . أحدهما : يصح ، لأنها مدة يرجى وجود الثمرة فيها ، فصح العقد عليها ، كالتي قبلها . والثاني : لا يصح ، لأنه عقد على معدوم وليس الغالب وجوده ، فلم يصح ، كالسلم في مثله . فعلى هذا ، إن عمل ، استحق الأجرة ، لأنه لم يرض بالعمل بغير عوض ، ولم يسلم له، فرجع إلى بدله ، كالإجارة الفاسدة .

فصل

ويصح عقد المساقاة والإجارة على مدة يغلب على الظن بقاء العين فيها وإن طالت ، لأنه عقد يجوز عاماً ، فجاز أكثر منه ، كالكتابة . فإذا عقدها على أكثر من عام ، لم يجب ذكر قسط كل سنة، كما لو اشترى أعياناً بثمن واحد.

وإن قدر قسط كل سنة ، جـــاز . وإن اختلفت ، نحو أن يقول : ساقيتك ثلاثة أعوام على أن لك نصف ثمرة العام الأول ، وثلث الثانية ، وربع الثالثة . فإن انقضت المدة قبل طلوع ثمرة العام الآخر ، فلا شيء للعامل منها ، لأنهـا حدثت بعد موتـه ، وإن ظهرت في مدة تعلق حقه بهـا لحدوثها في مدتـــه .

فصل

وحكم المساقاة والمزارعة حكم المضاربة في الجزء المشروط للعامل في كونه معلوماً مشاعاً من جميع الثمرة . وفي الاختلاف في قدره وفساد العقد بجهله ، وشرط دراهم لأحدهما ، أو ثمر شجر معين ، أو عمل رب المـال ، أو غلمانه ، وفي ملكـه للنماء بالظهور ، لأنه عقد على العمل في مال ببعض نمائـه ، فأشبه المضاربة، ولو شرط له ثمرة عام غير الذي عامله فيه ، لم يصح ، كما لو شرط للمضارب ربح غير مال المضاربة . وإن قال : إن سقيته سيحـــاً ، فلك الثلث ، وإن سقيته بنضح ، فلك النصف ، وإن زرعت في الأرض حنطـــة ، فلك النصف ، وإن زرعت شعيراً ، فلك الثلث ، لم يصح ، لأنه عقد على مجهول ، فلم يصح ، كبيعتين في بيعة . ويتخرج أن يصح بناء على قوله في الإجارة : إن خطته رومياً ، فلك درهم ، وإن خطته فارسياً ، فلك نصف درهم .

فصل

وإن ساقاه على بستانين بالنصف من هذا ، والثلث من الآخر ، صح ، وعلى أنواع جعل له من كل نوع قدراً ، أو جعل له في المزارعة نصف الحنطة وثلث الشعير ، وهما يعلمان قدر كل نوع ، أو كان البستان لاثنين ، فساقياه على نصف ثمرة نصيب أحدهما ، وثلث ثمرة الآخر ، وهم يعلمونه، صح ، لأنه معلوم فصح ، كما لو كانا في عقدين ، وإن لم يعلموا ، لم يصح ، لأنه مجهول . ولو قال : ما زرعت فيها من حنطة ، فلك نصفه . وما زرعت من شعير ، فلك ثلثه، لم يصح ، لأنه مجهول .

فصل

وينعقد بلفظ المساقاة ، لأنه موضوعها وبما يؤدي معناه ،لأن المقصود المعنى ، ولا يثبت فيها خيار الشرط ، وإن قلنا بلزومها ، لأنه لا يمكن رد المعقود عليه إذا فسخ . وفي خيار المجلس وجهان . أحدهما : لا يثبت ، لأنه لا يثبت فيها خيار الشرط ، فأشبه النكاح . والثاني : يثبت ، لأنه عقد لازم يقصد به المال، فأشبه البيع.

فصل

ويلزم العامل ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها ، كالحرث وآلتـــه وبقره واستقاء الماء ، وإصلاح طرقه وقطع الشوك ، والحشيش المضر ، واليابس من الشجرة ،وزبارة الكرم،وتسويةالثمرة، والحفظ والتشميس، وإصلاح موضعه، ونحو ذلك . وعلى رب المال ما فيه حفظ الأصل ، كسد الحيطـــان ، وإنشاء الأنهار،وحفر بئر الماء ، وعمل الدولاب ونصبه . قال أصحابنا : والثور الذي يديره ، لأن هذا يراد لحفظ الأصل ، ولهذا من أراد إنشاء بستان ،عمل هذا كله . وقيل : ما يتكرر في كل عام ، فعلى العامل ، وما لا يتكرر ، فعلى رب المال . والجذاذ والحصاد واللقاط على العامل ، نص عليه ، لأن النبي ﷺ دفع خيبر إلى يهود ، على أن يعملوها من أموالهم ، وهذا من العمل ممـــا لا تستغني عنه الثمرة ، أشبه التشميس . وعنه : أن الجذاذ عليهما ، لأنه يوجد بعد تكامل النماء ، وهذا ينتقض بالتشميس . فإن شرط على أحدهما ما يلزم الآخر ، فقد نص أحمد رضي الله عنه : على أن الجـــذاذ عليهما . ويصح شرطه على العامل ، فيخرج في سائر العمل مثل ذلك ، قياساً عليه . وقال القاضي : تفسد المساقاة ، لأنه ينافي مقتضاها ، أشبه ما لو شرط عمل المضاربة على رب المال .

فصل

والعامل أمين، والقول قوله فيما يدعيه من تلف، أو يدعى عليه من خيانة، أو تفريط. وإن ثبتت خيانته، ضم إليه من يشرف عليه، ولا تزال يده عن العمل، لأنه يمكن استيفاؤه منه، فإن لم ينحفظ، استؤجر من ماله من يعمل عنه، لأنه تعذر استيفاؤه منه، فاستوفي بغيره. وإن هرب، فهو كفسخه إن قلنا بجواز العقد، وإن قلنا بلزومه، دفع الأمر إلى الحاكم، ليستأجر من ماله من يعمل عنه. فإن لم يكن له مال، اقترض عليه، فإن لم يجد، فللمالك الفسخ، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه، فأشبه ما لو استأجر داراً فتعذر تسليمها، ثم إن فسخ قبل ظهور الثمرة، فلا شيء للعامل، لأن الفسخ لأمر من جهته، وإن كانت ظاهرة، فهي بينهما. وإن لم يفسخ رب المال، استأذن الحاكم في الإنفاق، ثم رجع بما أنفق، فإن لم يجد حاكماً، أشهد على الإنفاق بشرط الرجوع، ورجع به، لأنه حال ضرورة. وإن انفق من غير استئذان الحاكم مع إمكانه، ففي الرجوع وجهان، بناء على قضاء دينه بغير إذنه. وإن عجز العامل عن العمل، لضعفه أو عن بعضه، أقام مقامه من يعمله، فإن لم يفعل، فهو كهربه، وإن استأذن رب المال، فأنفق بإذنه، رجع.

فصل

فإن مات العامل، أو رب المال ، وقلنا: يلزم العقد ، قام الوارث مقامه ، لأنه عقد لازم، أشبه الإجارة . فإن كان الميت العامل ، فأبى الوارث الإتمام ، أو لم يكن وارث ، استؤجر من التركة من يعمل ، فإن لم يجد ، تركة ، فلرب المال الفسخ ، ولا يقترض عليه . لأنه لا ذمة له . وإن فسخ، فالحكم على ما ذكرنا .

فصل

فإن بان الشجر مستحقاً ، رجع العامل على من ساقاه بالأجرة ، لأنه لم يسلم له العوض ، فرجع على من استأجره . فإن كانت الثمرة باقية ، أخذها بها ، وإن كانت تالفة ، ضمنها لمن شاء منهما ، فإن ضمنها للغاصب ، ضمنه جميعها ، لأنه حال بينه وبينه ، وإن ضمنها العامل ، ضمنه النصف ، لأنه لم يحصل في يده غيره ، ويحتمل أن يضمنه الجميع ، لأن يده ثبتت عليه ، وعمل فيه ، فضمنه ، كالعامل في القراض .

باب المزارعة

وهي : دفع الأرض إلى من يزرعها بجزء من الزرع . وتجوز في الأرض البيضاء والتي بين الشجر ، لخبر ابن عمر رضي الله عنه ، وما ذكرنا في المساقاة . وأيهما أخرج البذر ، جاز ، لأن النبي ﷺ دفع خيبر معاملة ، ولم يذكر البذر . وفي ترك ذكره دليل على جوازه من أيهما كان ، وفي بعض لفظ الحديث ما يدل على أنه جعل البذر عليهم ، لقول ابن عمر : دفع رسول الله ﷺ نخل خيبر وأرضها إليهم على أن يعملوها من أموالهم . رواه مسلم . وفي لفظ : على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها . وعن عمر رضي الله عنه : أنه كان يدفع الأرض على أن من أخرج البذر ، فله كذا ، ومن لم يخرجه ، فله كذا . وظاهر كلام أحمد رضي الله عنه : أنه يشترط كون البذر من رب الأرض ، لأنه عقد يشترك رب المال والعامل في نمائه ، فوجب أن يكون رأس المال من رب المال ، كالمساقاة والمضاربة ، فإن شرطه على العامل ، أو شرط أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ويقتسما ما بقي ، فسدت المزارعة ، ومتى فسدت ، فالزرع لصاحب البذر ، لأنه من عين ماله ، ولصاحبه عليه أجرة مثله .

فصل

فإن دفع بذراً إلى ذي أرض ليزرعه فيها بجزء ، لم يصح ، لأن البذر لا من العامل ولا من رب الأرض . فإن قال : أنا أزرع أرضي ببذري وعواملي على أن تسقيها أنت من مائك بجزء ، لم يصح، لأن المزارعة معاملة على الأرض، فيجب أن يكون العمل فيها من غير صاحبها. وعنه :أنه يصح ، اختاره أبو بكر لأنه لما جاز أن يكون عوض العمل جزءاً مشاعاً، جاز أن يكون عوض الماء كذلك . وإن كانوا ثلاثة، من أحدهم الأرض ، ومن آخر العمل، ومن آخر البذر ، والزرع بينهم ، فهي فاسدة ، لما ذكرنا في أول الفصل .

فصل

فإن قال: أجرتك هذه الأرض بثلث الخارج منها .فقال أحمد رضي الله عنه : يصح. واختلف أصحابه، فقال أكثرهم: هي إجارة صحيحة، يشترط فيها شروط الإجارة . وقال أبو الخطاب : هذه مزارعة بلفظ الإجارة، فيشترط فيها شروط المزارعة، وحكمها حكمها ، لأن النبي ﷺ قال :«من كانت له أرض ، فليزرعها أو فليزرعها أخاه ولا يكاريها بثلث ، ولا بربع ، ولا بطعام مسمى » رواه أبو داود . ولأن هذا مجهول فلم يجز أن يكون عوضاً في الإجارة . كثلث نماء أرض أخرى .

فصل

وحكم المزارعة حكم المساقاة فيما ذكرنا ، من الجواز واللزوم ، وما يلزم العامل ورب الأرض وغير ذلك من أحكامها ، لأنها معاملة على الأرض ببعض نمائها . فإن كانت الأرض ذات شجر فقال : ساقيتك على الأرض والشجر بالنصف ، أو قال : ساقيتك على الشجر بالنصف ، وزارعتك الأرض بالثلث ، جاز ، لأنهما عقدان، يجوز إفرادهما، فجاز جمعهما ، كبيعتين .

فصل

ومتى سقط من الحب شيء، ثم نبت في عام آخر ، أو سقط من حب المستأجر ، ثم نبت في عام آخر ، فهو لصاحب الأرض ، لأن صاحب الحب أسقط حقه منه بحكم العرف، بدليل أن لكل أحد التقاطه، فسقط، كما لو سقط النوى ، فنبت شجراً .

كتاب الإجارة

وهي بيع المنافع ، وهي جائزة في الجملة ، لقول الله تعالى (قالت إحداهما يا أبت استأجره) القصص : ٢٦ . الآيتين. وقول الله تعالى (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) الطلاق ٦ . ولأن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلي الأعيان، فلما جاز عقد البيع على الأعيان ، وجب أن يجوز عقد الإجارة على المنافع. فتنعقد بلفظ الإجارة، والكري، لأنه لفظ موضوع لها. وفي لفظ البيع وجهان. أحدهما: ينعقد به ، لأنها صنف منه . والثاني : لا تنعقد به ، لأنها تخالفه في الاسم والحكم ، فلم تنعقد بلفظه، كالنكاح .

فصل

وتجوز إجارة الظئر للرضاع ، والراعي لرعاية الغنم ، للآيتين . واستئجار الدليل ، ليدل على الطريق ، لأنه ثبت أن النبي ﷺ وأبا بكر استأجرا رجلاً من بني الديل هادياً خريتا ـ والخرّيت الماهر بالهداية ـ وهو على دين كفار قريش، وأمناه فدفعا إليه راحلتيهما، وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال فأتاهما براحلتيهما صبيحة ليال ثلاث فارتحلا . رواه أحمد والبخاري .

وإجارة كل عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقاء عينها دائماً ، قياساً على المنصوص عليه . وتجوز إجارة النقود للتحلي والوزن ، واستئجار شجر ليجفف عليها الثياب ، والغنم لتدوس الزرع والطين ، لأنها منفعة مباحة يجوز أخذ العوض عنها في غير هذه الأعيان ، فجاز فيها ، كالبيع . ولا يجوز عقدها على مالا نفع فيه ، مثل أن يستأجر للزرع سبخة لاتنبت ، أو لا ماء لها يكفي . فإن كان لها ماء معتاد ، كماء العيون والأنهار ، والمد بالبصرة ، والمطر في موضع يكفي به ، جاز . وإن كانت الأرض على نهر يستقى بزيادته ، كالنيل والفرات ، وتسقيها الزيادة المعتادة ، جازت إجارتها ، لأن الغالب وجودها ، فهي كالمطر لغيرها ، وإن كانت لا يسقيها إلا زيادة نادرة فاستأجرها بعد الزيادة ، صح ، لأنها معلومة . وإن ستأجرها قبلها ، لم يصح ، لأنه لا يعلم وجودها ، فهي كبيع الطير في الهواء . وإن استأجرها ، ولم يذكرها للزرعة ، وكانت تصلح لغيرها ، صح . وإن لم تصلح لغيرها ، لم يصح ، لأن نفعها معدوم . وإن غرقت الأرض فاكتراها لزرع مالا ينبت في الماء ، كالحنطة ، والماء مغيض يمكن فتحه فينحسر الماء ، ويمكن زرعها ، صح ، لأنه يمكن زرعها بفتحه ، كما يمكن سكنى الدار بفتحها . وإن علم أنه ينحسر عادة ، صح ، لأنه يعلم بالعادة إمكان الانتفاع . فإن لم يعلم هل ينحسر أو لا ؟ ، لم يصح ، لما ذكرنا ، وإن اكترى أرضاً على نهر تغرق بزيادته المعتادة ، لم يصح ، لأنه غير منتفع بها عادة . فإن كانت بخلاف ذلك ، صح .

فصل

ولا يجوز عقد الإجارة على المنافع المحرمة ، كالغناء والنياحة والزمر . ولا إجارة داره لمن يتخذها كنيسة ، أو بيت نار ، أو يبيع فيها الخمر ونحوه ، لأنه محرم ، فلم تجز الإجارة لفعله ، كإجارة الأمة للزنى . ولا يجوز استئجار رجل ليكتب له غناء أو نوحاً ، أو شيئاً محرماً لذلك ، ولا يجوز استئجاره ليحمل خمراً ، ليشربها لذلك . وعنه : فيمن حمل خنزيراً ، أو ميتة لنصراني : أكره أكل كرائه . ولكن يقضى له بالكراء ، وإذا كان لمسلم ، فهو أشد . قال القاضي : هذا محمول على أنه استأجره ليريقها ، أما للشرب ، فمحظور ، لا يحل أخذ الأجرة عليه . وإن استأجر حجاماً ليحجمه ، جاز ، لأن النبي ﷺ حجمه أبو طيبة ، فأعطاه أجره صاعين من طعام وكلم مواليه فخففوا عنه . متفق عليه . قال ابن عباس : ولو كان حراماً ما أعطاه أجره . ويكره للحر أكل أجره ، لقول النبي ﷺ : « كسب الحجام خبيث وقال: أطعمه عبدك أو خادمك» وقال القاضي : لا تصح إجارته لهذا الحديث .

فصل

ولا تجوز إجارة الفحل للضراب ، لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن عسب الفحل. أخرجه البخاري . ولأن المقصود منه الماء الذي يخلق منه الولد ، وهو محرم ، لا قيمة له ، فلم يجز أخذ عوضه ، كالدم . ولا يجوز إجارة

النقود ، ليجمل بها الدكان ، لأنها لم تخلق لذلك ، ولا ترادله ، فبذل العوض فيه من السفه ، وأخذه من أكل المال بالباطل ، وكذلك استئجار الشمع للتجمل به ، أو ثوب ليوضع على سرير الميت لا يجوز ذلك .

فصل

ولا تجوز عقد الإجارة على ما تذهب أجزاءه بالانتفاع به ، كالمطعوم ، والمشروب ، والشمع ليسرجه ، والشجر يأخذ ثمرته ، والبهيمة يحلبها ، لأن الإجارة عقد على المنافع ، فلا تجوز لاستيفاء عين ، كما لو استأجر ديناراً لينفقه إلا في الظئر تجوز للرضاع ، لأن الضرورة تدعو إليه ، لبقاء الآدمي ، ولا يقوم غيرها مقامها .

فصل

ولا تجوز إجارة مايسرع فساده ، كالرياحين ، لأنه لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها دائماً ، فجرت مجرى المطعوم ، فإن كانت مما تبقى عينه دائماً كالعنبر ، جازت إجارته للشم ، لما تقدم.

فصل

وما يخص فاعله أن يكون من أهل القربة ، وهم المسلمون ، كالحج وتعليم القرآن ، ففيه روايتان . إحداهما : يجوز الاستئجار عليه ، لقول النبي

ﷺ : « إن أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله » . رواه البخاري . وأباح أخذ الجعل عليه ، ولأنه فعل مباح فجاز أخذ الأجرة عليه ، كتعليم الفقه . والثانية : لا يجوز ، لقول النبي ﷺ لعثمان بن أبي العاص «واتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً » رواه أبو داود . ولأنه لا يقع إلا قربة لفاعله ، فلم يجز أخذ العوض عليه كالصلاة . فأما الاستئجار لتعليم الفقة والشعر المباح فيجوز ، لأن فاعله لا يختص أن يكون من أهل القربة ، فجاز كبناء المساجد . وفي إجارة المصحف وجهان، بناء على بيعه .

فصل

قال بعض أصحابنا : لا يجوز إجارة المشاع لغير الشريك ، إلا أن يؤجره معا ، لأنه لا يمكنه تسليم حصته إلى المستأجر ، إلا بموافقة الشريك . وقال أبو حفص : يجوز ، لأنه يصح بيعه ورهنه ، فصحت إجارته ، كالمفرز .

فصل

ولا بأس أن يؤجر نفسه من الذمي، نص عليه ، لأن علياً رضي الله عنه أجر نفسه يهودياً ، يسقي له كل دلو بتمرة ، وأخبر به النبي ﷺ فلم ينكره ، وأكل من أجره . ولا يؤجر نفسه لخدمته ، لأنه يتضمن إذلال المسلم للكافر فلم يجز ، كبيعه إياه ، ويتخرج الجواز ، لأنه عاوضه عن منفعة ، فجاز ، كإجارته لعمل شيء .

فصل

والإجارة على ثلاثة أضرب . إجارة عين معينة ، كالدور ، وموصوفة في الذمة ، كبعير للركوب ، وعقد على عمل في الذمة، كخياطة ثوب وحمل متاع ، لأن البيع يقع في عين حاضرة وموصوفة، ومقدر معلوم ، كقفيز من صبرة ، فكذلك الإجارة . فإن كانت الإجارة لعين معينة ، اشترط معرفتها برؤية أو صفة إن كانت تنضبط بالصفات ، كالحيوان ، فإن لم تنضبط كالدور والأرض ، فلا بد من رؤيتها ، كما يشترط ذلك في البيع . وفي استئجار عين لم يرها ، ولم توصف له وجهان ، بناء على بيعها . ويشترط معرفة المنفعة ، فإن كان لها عرف، كسكنى الدار، لم يحتج إلى ذكرها ، لأنها لا تكترى إلا لذلك فاستغني عن ذكرها ، كالبيع بثمن مطلق ، في موضع فيه نقد معروف .

وإن اكترى أرضاً ، احتاج إلى ذكر ما يكتري له ، من غراس أو بناء ، أو زرع ، لأنها تكترى لذلك كله ، وضرره يختلف ، فوجب بيانه ، فإن أجرها للزرع مطلقاً ، صح ، وله زرع ما شاء ، لأنه يجوز أن يستأجرها لأعظم الزرع ضرراً ، فإذا أطلق العقد تناوله بإطلاقه ، ودخل فيه مادونه . وإن قال: لتزرعنها ما شئت، فهو أولى بالصحة ،لتصريحه لذلك . وإن اكتراها لزرع معين ، فله زرعه ومثله في الضرر ودونه ، لأن الزرع إنما ذكر لتقدير منفعة الأرض ، فلم يتعين ، كما لو اكترى للسكنى ، كان له أن يسكن غيره .

وإن قال : لتزرعها أو لتغرسها ، لم يصح ، لأنه لم يعين، أشبه ما لو باعه أحد هذين العبدين . وإن قال: لتزرعها وتغرسها ماشئت ، صح وله ماشاء منهما ، لأنه جعلها له ، فملكهما كالنوع الواحد .

فصل

وإن اكترى ظهراً للركوب ، اشترط معرفته، برؤية أو صفة ، لأنه يصح بيعه بهما، وذكر المهملج والقطوف من الخيل ، لأن سيرهما يختلف ، ومعرفة ما يركب به من سرج أو غيره ، لأنه يختلف بالمركوب والراكب ، ولا يحتاج الى ذكر الذكورية والانوثية ، لأن التفاوت بينهما يسير . وقال القاضي : يفتقر الى معرفته لتفاوتهما . ولا بد من معرفة الراكب برؤية أو صفة ، ذكره الخرقي ، لأن الصفة تكفي في مثله ، وقال الشريف: لا يجزىء فيه إلا الرؤية ، لأن الصفة لا تأتي عليه . ولا بد من معرفة المحامل والأغطية، والأوطئة والمعاليق ، كالقدر والسطيحة ونحوهما ، إما برؤية أو صفة أو وزن . وإن اكترى ظهراً لعمل في مدة ، كالحراثة والدياس والسقي والطحن ، اشترط معرفة الظهر بالتعيين أو الصفة ، لأن العمل يختلف باختلافه . وإن استأجره على عمل معين ، كحراثة قدر من الأرض ، ودياس زرع معين ، وطحن قفزانٍ معلومة، لم يحتج إلى معرفة الظهر ، لأنه لا يختلف. ويحتاج في الطحن إلى معرفة الحجر ، وفي السقي إلى معرفة البئر ، والدولاب ، لأنه يختلف .

وإن اكترى لحمل متاع، لم يحتج إلى ذكر جنس الظهر، لعدم الغرض في معرفته. ويشترط معرفة المتاع برؤية أو صفة، فيذكر جنسه من حديد أو قطن أو نحوه، لأن ضرره يختلف، وقدره بالوزن إن كان موزوناً، أو بالكيل إن كان مكيلاً، لأن البيع يصح بكلا الطرفين. وإن ذكر وزن المكيل، فهو أحصر. وإن دخلت الظروف في وزن المتاع، استغني عن ذكرها، وإن لم تدخل وكانت معروفة لا تختلف كثيراً، صح من غير تعيينها، لأن تفاوتها يسير. وإن اختلفت كثيراً، اشترط معرفتها بالرؤية، أو الصفة لذلك. ولو اكترى ظهراً ليحمل عليه ما شاء، لم يصح، لأنه يدخل في ذلك ما يقتل البهيمة، وإن شرط أن يحمل عليها طاقتها، لم يصح، لأنه لا ضابط له.

فصل

وإن استأجر راعياً مدة، صح، لأن موسى عليه السلام أجر نفسه لرعاية الغنم ثماني سنين. ويشترط معرفة الحيوان، لأن لكل جنس تأثيراً في إتعاب الراعي، ويجوز أن يكون على معين، وعلى موصوف في الذمة، فإن كان على موصوف في الذمة، اشترط ذكر العدد، لأن العمل يختلف به. وإن استأجر ظئراً، اشترط معرفة الصبي بالتعيين، لأن الرضاع يختلف به، ولا تأتي عليه الصفة. وإن استأجر رجلاً ليحفر له بئراً، أو نهراً، اشترط

معرفة الأرض ، لأن الغرض يختلف باختلافها ، ومعرفة الطول والعرض ، والعمق ، لأن الغرض يختلف بذلك كله . وإن استأجره لبناء حائط ، اشترط ذكر طوله وعرضه وعلوه ، وآلته من لبن أو طين أو غيره ، لأن الغرض يختلف بذلك كله . وإن استأجره لضرب لبن ، اشترط معرفته الماء والتراب والطول والسمك والعرض والعدد . وعلى هذا جميع الأعمال التي يستأجر عليها. فإن كان في ما يختلف فيه الغرض لا يعرفه ، رجع فيه إلى أهل الخبرة به ، ليعقد على شرطه ، كما لو أراد النكاح ، من لا يعرف شروطه ، رجع إلى من يعرفه ليعرفه شروطه . وإن عجز عن معرفته ، وكل فيه من يعرفه ليعقده .

فصل

ويشترط معرفة قدر المنفعة ، لأن الإجارة بيع ، والبيع لا يصح إلا في معلوم القدر ، ولمعرفتها طريقان . أحدهما : تقدير العمل ، كخياطة ثوب معين ، والركوب ، أو حمل شيء معلوم إلى مكان معين . والثاني : تقدير المدة كسكنى شهر ، فإن كانت المنفعة لا تتقدر بالعمل ، كالتطيين والتجصيص ، فإن مقداره يختلف في الغلظ والرقة . وما يروي الأرض من الماء ، يختلف باختلاف الأرض واحتياجها إلى الماء . وما يشبع الصبي في الرضاع ، يختلف باختلاف الصبيان ، والأحوال ، والسكنى ونحوها ، فلا يجوز تقديره إلا

بالمدة، لتعذر تقديره بالعمل. وما يتقدر بالعمل ، كاستئجار الظهـــر للحرث والحمل والطحن والدياس، والعبد للخدمة ، جاز تقديره بالعمل ، فإن شرط تقديره بالعمل والمدة فقال : استأجرتك لتحرث لي هذه الأرض في شهر ، لم يصح ، لأنه إن حرثها في أقل من شهر ، أو فرغ الشهر قبل حرثها ، فطولب بتمام ما بقي ، كان زيادة على المشروط . وان لم يتم ، كان نقصاً . وعن أحمد ما يدل على الصحة ، لأن الإجارة معقودة على العمل ، والمدة مذكورة للتعجيل ، فجاز كالجعالة . ويشترط فيما قدر بمدة ، معرفة المدة ، لأنها الضابطة للمعقود عليه ، فإن قدرها بسنة أو شهر ، كان ذلك بالأهلة ، لأنها المعهودة في الشرع ، فوجب حمل المطلق عليها ، فإن كان ذلك في أثناء شهر ، عد باقيه ، ثم عد أحد عشر شهراً بالهلال ، ثم كمل الأول بالعدد ثلاثين يوماً ، لأنه تعذر إتمامه بالهلال فكمل بالعدد ، وحكي فيه رواية أخرى : أنه يستوفي الجميع بالعدد ، لأنه يجب إتمام الشهر مما يليه ، فيصير ابتداء الثاني في أثنائه ، وكذلك ما بعده . وإن عقد على سنة رومية ، وهي : ثلثمائة وخمسة وستون يوماً وربع ، وهما يعلمان ذلك ، جاز ، وإن جهلاها أو أحدهما ، لم يصح ، لأن المدة مجهولة عنده . والحكم في مدة الإجارة ، كالحكم في مدة السلم على ما مضى فيه .

فصل

وتجوز الإجارة مدة لا تلي العقد ، مثل أن يؤجره شهر رجب وهو في صفر ، سواء كانت فارغة أو مستأجرة مع المستأجر ، أو غيره ، لأنها مدة يجوز العقد عليها مع غيرها ، فجاز عليها مفردة ، كالتي تلي العقد . ويحتاج الى ذكر ابتدائها ، لأنها أحد طرفي المدة ، فاحتيج الى معرفتها كالانتهاء ، فإن كانت تلي العقد فابتداؤها منه ، ولا يحتاج إلى ذكرها ، لأنها معلومة .

فصل

فإن قال: أجرتكها كل شهر بدرهم؛ فالمنصوص أنه صحيح، وذهب إليه الخرقي والقاضي . لكن تصح في الشهر الأول بإطلاق العقد ، لأنه معلوم يلي العقد وأجرته معلومة ، وما بعده يصح العقد فيه بالتلبس به ، ولكل واحد منهما الفسخ عند تقضي كل شهر ، لأن علياً أجر نفسه من يهودي يستقي له كل دلو بتمرة ، وجاء به إلى النبي عليه السلام فأكل منه ، وذهب أبو بكر وجماعة من أصحابنا إلى بطلانه ، لأن العقد على كل الشهور ، وهي مبهمة مجهولة ، فلم يصح ، كما لو جعل أجرتها في الجميع شيئاً واحداً .

فصل

ويشترط في صحة الإجارة ذكر الأجرة ، لأنه عقد يقصد فيه العوض فلم يصح من غير ذكره كالبيع . ويشترط أن تكون معلومة لذلك ، ويحصل العلم بالمشاهدة أو بالصفة كالبيع . وفيه وجه آخر ، لا بد من ذكر قدره وصفته، لأنه ربما انفسخ العقد، ووجب رد عوضه بعد تلفه ، فاشترط معرفة قدره ليعلم بكم يرجع ، كرأس مال السلم ، وقد ذكرنا وجه الوجهين في السلم . وتجوز بأجرة حالة ومؤجلة ، لأن الإجارة كالبيع ، وذلك جائز فيه ، فإن أطلق العقد وجبت به حالة ، ويجب تسليمها بتسليم العين ، لأنها عوض في معاوضة ، فتستحق بمطلق العقد كالثمن . وإن كانت الإجارة على عمل في الذمة ، استحق استيفاء الأجرة عند انقضاء العمل ، لقول النبي ﷺ « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه » ولأنه أحد العوضين ، فلزم تسليمه عند تسليم الأجر كالبيع ، وإن شرطا تأجيلها ، جاز إلا أن يكون العقد على منفعة في الذمة، ففيه وجهان . أحدهما : يجوز لأنه عوض في الإجارة ، فجاز تأجيله ، كما لو كان على عين . والثاني : لا يجوز ، لأنه عقد على ما في الذمة، فلم يجز تأجيل عوضه كالسلم .

فصل

ويجوز أن يستأجر الأجير بطعامه وكسوته ، سواء جعل ذلك جميع الأجرة أو بعضها ، لأن النبي ﷺ قال : « رحم الله أخي موسى ، أجر نفسه ثماني سنين ، على طعام بطنه وعفة فرجه » رواه ابن ماجه . ولأن العادة جارية به من غير نكير ، فأشبه الاجماع . فإن قدر الطعام والكسوة ، فحسن ، وإن أطلق، جاز . ويرجع في القوت إلى الإطعام في الكفارة ، وفي الملبوس إلى أقل ملبوس مثله ، ولأن لذلك عرفاً في الشرع ، فحمل الإطلاق عليه .

فصل

وإذا استوفى المنفعة،استقرت الأجرة ، لأنه قبض المعقود عليه،فاستقر بدله ، كما لو قبض المبيع . وإن سلم إليه العين مدة يمكن الاستيفاء فيها ، استقرت الأجرة عليه،لأن المعقود عليه تلف تحت يده، فأشبه تلف المبيع تحت يده ، وإن عرض عليه العين ومضت مدة ، يمكن الاستيفاء فيها ، استقرت الأجرة ، لأن المنافع تلفت باختياره ، فأشبه تلف المبيع بعد عرضه على المشتري ، وإن كان العقد على عمل في الذمة ، لم تستقر الأجرة إلا باستيفاء العمل ، لأنه عقد على ما في الذمة ، فلم يستقر عوضه ببذل التسليم كالسلم . وان كان العقد فاسداً ، لم يستقر ببذل التسليم ، كما لا يستقر ببذل المبيع ، ويجب باستيفائها ، لأنه استوفاها بشبهة عقد . وإن قبض العين ومضت مدة يمكن

استيفاء المنفعة فيها ، ففيه روايتان . إحداهما : لا يجب شيء ، لأنه عقد فاسد على منفعة لم يستوفها ، فلم يجب العوض كالنكاح ، والثانية : يجب أجر المثل ، لأن البيع الفاسد كالصحيح في استقرار البدل ، فكذلك الإجارة .

فصل

ويجوز أن يكتري الرجلان ظهراً ، يتعاقبان عليه ، وأن يكتري الرجل عقبة يركب في بعض الطريق إذا كان ذلك معلوماً ، لأنه يجوز العقد على جميعه، فجاز على بعضه ، كالزمان ، فإن كان في طريق فيه عادة في الركوب والنزول ، جاز العقد مطلقاً ، وحمل على العادة ، كالنقد في البيع ، وإن لم يكن فيه عادة ، اشترط بيان ما يركب ، لأنه غير معلوم ، فوجب بيانه كالثمن . وإن اختلفا في البادىء منهما ، أقرع بينهما لأنهما تساويا في الملك ، فقدم أحدهما بالقرعة ، كما في القسمة .

فصل

إذا دخل حماماً ، أو قعد مع ملاح في سفينة ، فعليه أجرهما وإن لم يعقد معه إجارة ، لأن العرف جار بذلك ، فجرى مجرى الشرط ، كنقد البلد . وكذلك إن دفع ثوبه إلى خياط ، أو قصار ، منتصبين لذلك ، أو مناد ، أو رجل معروف بالبيع بالأجرة ليبيعه ، فلهم أجر أمثالهم لذلك . وإن

دفع كتاباً إلى رجل ليحمله إلى صاحب له بأجر ، فحمله فوجد صاحبه غائباً ، فله الأجر للذهاب ، لأنه فعل ما استأجره عليه ، وللرد ، لأنه بإذنه تقديراً إذ ليس سوى رده إلا تضييعه ، وقد علم أنه لا يرضى تضييعه ، فتعين رده .

فصل

إذا آجره مدة تلي العقد ، لم يجز شرط الخيار ، لأنه يمنع التصرف فيها أو في بعضها،فينقص عما شرطاه . وفي خيار المجلس وجهان . أحدهما: لا يثبت لذلك . والثاني : يثبت لأنه يسير . وإن كانت لا تلي العقد ، يثبت فيها الخياران لأنها بيع ولا مانع من ثبوته فيها . وكذلك إن كانت على عمل في الذمة ، أو على منفعة عين في الذمة ثبتا فيها لذلك . والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب ما يجوّز فسخ الاجارة وما يوجبه

وهي : عقد لازم ليس لواحد منهما فسخها ، لأنها بيع فأشبهت بيوع الأعيان ، إلا أن يجد العين معيبة ، فيملك الفسخ بما يحدث من العيب ، لأن المنافع لا يحصل قبضها إلا بالاستيفاء ، فهي كالمكيل يتعيب قبل قبضه ، فإن بادر المكتري إلى إزالة العيب من غير ضرر يلحق المستأجر ، كدار تشعثت فأصلحها ، فلا خيار للمستأجر لعدم الضرر ، وإلا فله الفسخ ، فإن سكنها مع عيبها ؛ فعليه الأجرة علم أو لم يعلم ، لأنه استوفى جميع المعقود عليه معيباً ، مع علمه به، فلزمه البدل ، كالمبيع المعيب إذا رضيه ، وإن كان العقد على الموصوف في الذمة فرد بعيب ، لم ينفسخ العقد ، ويطالب ببدله ، فإن تعذر بدله ، فله الفسخ ، لتعذر المعقود عليه ، كما لو وجد بالسلم عيباً فرده . والعيب ماتنقص به المنفعة ، كانهدام حائط الدار ، وتعيبه وانقطاع ماء بئرها أو تغيره ، وانقطاع ماء الأرض أو نقصه ، وتغير الظهر في المشي ، وعرجه الفاحش وربضه ، وكونه عضوضاً أو جموحاً ، وضعف بصر الأجير في الخدمة ومرضه . وأما كون الظهر خشن المشي ، فليس بعيب ، لأن المنفعة فيه كاملة ، وإن اختلفا في العيب ، رجع فيه إلى أهل الخبرة .

فصل

وإن تلفت العين في يده ، انفسخت الإجارة ، كما لو تلف المكيل قبل قبضه ، وإن تلفت قبل مضي شيء من المدة ، فلا أجرة عليه ، لأنه لم يقبض شيئاً من المعقود عليه . وإن تلفت بعد مضي شيء منها ، فعليه الأجر بقدر ما استوفى ، ويسقط بقدر ما بقي ، فإن كان أجرها في بعض المدة أكثر ، قسمت على القيمة ، وإن كانت الإجارة على موصوف في الذمة ؛ لم تنفسخ بالتلف ، وله البدل كما لو تعيب .

فصل

إذا اكترى أرضاً للزرع ، فانقطع ماؤها ، أو داراً فانهدمت ، انفسخ العقد في أحد الوجهين ، لأن المنفعة المقصودة منها تعذرت ، فأشبه تلف العبد. والآخر : لا ينفسخ ، لأنه يمكن الانتفاع بها كالسكنى في خيمة ، أو يجمع فيها حطباً أو متاعاً ، لكن له الفسخ لأنها تعيبت . وإن ماتت المرضعة ، انفسخت الإجارة . وعن أبي بكر : لا تنفسخ وتجب في مالها أجرة رضاعه . والمذهب الأول ، لأن المعقود عليه تلف ، فأشبه تلف عبد الخدمة . وإن مات المرتضع ، انفسخ العقد ، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه ، لأن غيره لا يقوم مقامه لاختلافهم في الرضاع ، ولذلك وجب تعيينه . ولو استأجر رجلاً ليقلع ضرسه فبرىء ، أو ليكحل عينه فبرأت ، أو ليقتص له فمات

المقتص منه ، أو عفي عنه ، انفسخ العقد ، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فانفسخ ، كما لو تعذر بالموت . وإن استأجر للحج فمات ، ففيه وجهان . أحدهما: تنفسخ الإجارة ، لأنه تعذر الاستيفاء بموته ، أشبه موت المرتضع . والثاني : لا تنفسخ ويقوم وارثه مقامه ، كما لو كان المستأجر داراً ، وإن لم يمت لكن تلف ماله ، لم تنفسخ الإجارة ، لأن المعقود عليه سليم .

فصل

فإن غصبت العين المستأجرة ، فللمستأجر الفسخ ؛ لأن فيه تأخير حقه ، فإن فسخ ، فالحكم فيه كالفسخ بتلف العين ، وإن لم ينفسخ حتى انقضت المدة ، خير بين الفسخ والرجوع على المؤجر بالمسمى ، ويرجع المؤجر على الغاصب بأجر المثل ، وبين إمضاء العقد ومطالبة الغاصب بأجرة المثل ، لأن المنافع تلفت في يد الغاصب ، فأشبه ما لو أتلف المبيع أجنبي ، وإن كان العقد على موصوف في الذمة ، طولب المؤجر بإقامة عين مقامها ، فإن تعذر ، فله الفسخ، لأن فيه تأخير حقه .

فصل

فإن أجر نفسه ، ثم هرب ، أو اكترى عيناً ثم هرب بها، فللمستأجر الخيار بين الصبر والفسخ ، لأن فيه تأخير حقه ، فأشبه ما لو اشترى مكيلاً

فمنعه قبضه ، وإن كانت الإجارة على موصوف في الذمة ، استؤجر من ماله من يعمله ، كما لو هرب قبل تسليم المسلم فيه ، فإن لم يكن ، فللمستأجر الخيار بين الصبر والفسخ ، والصبر إلى أن يقدر عليه فيطالبه بالعمل ، كما لو تعذر تسليم المسلم فيه . وإن كانت الإجارة على مدة انقضت في هربه ، بطلت الإجارة ، لأنه أتلف المعقود عليه ، فأشبه ما لو باعه مكيلاً فأتلفه قبل تسليمه .

فصل

وإن أجر عبده، ثم أعتقه ، لم تنفسخ الإجارة ، لأنه عقد على المنفعة فلم تنفسخ بالعتق ، كالنكاح ، ولا يرجع العبد بشيء ، لأن منفعته استحقت بالعقد قبل العتق ، فلم يرجع ببدله ، كما لو زوج أمته ، ثم أعتقها ، ونفقته من سيده ، لأنه يملك بدل منفعته ، فهو كالباقي على ملكه .

فصل

وإن أجر عيناً ، ثم باعها، صح البيع ، لأنه عقد على المنفعة فلم يمنع البيع كالنكاح ، ولا تبطل الإجارة قياساً على النكاح ، وإن باعها من المستأجر ، صح لذلك . وفي الإجارة وجهان . أحدهما : تبطل لأنها عقد على المنفعة ، فأبطلها ملك الرقبة كالنكاح ، فعلى هذا يسقط من الأجرة بقدر ما بقي من المـــدة . والثاني : لا تبطل لأنه عقد على الثمرة ، فلم تبطل بملك الأصل ، كما لو اشترى

ثمرة شجرة ثم ملك أصلها . ومتى وجد المستأجر عيباً ففسخ به ، رجع على المؤجر ، لأن عوض الإجارة له ، فالرجوع عليه ،وإن كان المستأجر هو المشتري فكذلك ، إن قلنا: لا تنفسخ الإجارة ، وإن قلنا : تنفسخ ؛ لم يرجع على أحد .

فصل

ولا تنفسخ الإجارة بموت المتكاريين ، ولا موت أحدهما ، لأنه عقد لازم ، فلا يبطل بموت المتعاقدين مع سلامة المعقود عليه كالبيع . وإن أجر عيناً موقوفة عليه ، ثم مات ففيه وجهان . أحدهما : لا تبطل لأنه أجر مالَه بإجارته شرعاً ، فلم تبطل بموته كما لو أجر ملكه ، ولكن يرجع البطن الثاني في تركة المؤجر بأجرة المدة الباقية ، إن كان قبضها ، لأن المنافع لهم فاستحقوا أجرها . والثاني : تبطل فيما بقي من المدة ، لأننا تبينا أنه أجر ملكه وملك غيره ، فإن المنافع بعد موته لغيره بخلاف المالك ، فإن ورثته إنما يملكون ما خلفه ، وما خرج عن ملكه بالإجارة في حياته ، غير مخلف فلم يملكوه ، والأمر إلى من انتقل إليه الوقف في إجارته أو تركه ، فعلى هذا يرجع المستأجر على المؤجر بأجرة بقية المدة . وإن أجر الولي الصبي ، وماله مدة فبلغ في أثنائها ففيه وجهان أيضاً كهذين .

بَابُ ما يلزم المتكاريّين وَمَا لَهما فعله

يجب على المكري ما يحتاج إليه من التمكين، من الانتفاع، كمفتاح الدار، وزمام الجمل والقتب والحزام، ولجام الفرس وسرجه، لأن عليه التمكين من الانتفاع، ولا يحصل إلا بذلك، وما تلف من ذلك في يد المكتري، لم يضمنه، كما لا يضمن العين، وعلى المكري بدله، لأن التمكين مستحق عليه إلى أن يستوفي المكتري المنفعة. فأما ما يحتاج إليه لكمال الانتفاع، كالحبل والدلو والمحمل والغطاء، والحبل الذي يقرن به بين المحملين فهو على المكتري، لأن ذلك يراد لكمال الانتفاع، فأشبه بسط الدار.

فصل

وعلى المكري رفع المحمل وحطه، ورفع الأحمال وسوق الظهر وقوده، لأن ذلك العادة، فحمل العقد عليه. وعليه أن ينزل الراكب للطهارة وصلاة الفرض، لأنه لا يمكن فعله راكباً، وليس ذلك عليه للأكل والنفل، لأنه ممكن على الظهر، وعليه أن يبرك الجمل للمرأة والمريض والضعيف. وإن كانت الإجارة على تسليم الظهر، لم يكن عليه شيء من ذلك، فأما أجرة الدليل، فإن كانت الإجارة على تحصيل الراكب في البلد فعلى المكري، لأنه من مؤنة التحصيل، وإن كانت على تسليم الظهر، أو على مدة، فهو على المكتري، لأن

الذي على المكري تسليم الظهر وقد فعل . وعلى المكري تسليم الدار فارغة الحش والبالوعة ، لأنه من التمكن ، فإن امتلأ في يد المكتري ، فعليه كسحه، لأنه ملأه فكان عليه إزالته ، كتنظيف الدار . وعلى المكري إصلاح ما انهدم من الدار، وتكسر من الخشب ، لأنه من التمكين . وإذا استأجر ظئراً للرضاع وشرط الحضانة، وهي خدمة الصبي وغسل خرقه، لزمها ، وإن لم يشترطه عليها، لم يلزمها إلا الرضاع ، لأنهما منفعتان مقصودتان تنفرد إحداهما عن الأخرى ، فلم تلزم إحداهما بالعقد على الأخرى . وعليها أن تأكل وتشرب ما يدر به اللبن ويصلح به، وللمكتري مطالبتها به ، لأنه من التمكين، ويضر الصبي تركه.

فصل

وعلى المكري علف الظهر ، وسقيه، لأنه من التمكين ، فإن هرب ، وترك جماله ، رفع الأمر إلى الحاكم ليحكم في مال الجمال بالعلف ، فإن لم يجد له مالاً ، اقترض عليه ، فإن اقترض من المكتري ، أو أذن له في الإنفاق عليها قرضاً ، جاز ، لأنه موضع حاجة . وإن كان في الجمال فضل عن المكتري، باعه وأنفق منه ، فإذا رجع الجمال ، أو اختلفا في النفقه ، فالقول قول المنفق ، لأنه أمين إذا كانت دعواه لقدر النفقة بالمعروف ، وما زاد لا يرجع به ، لأنه متطوع ، فإن أنفق من غير إذن الحاكم مع إمكانه ، وأشهد على ذلك ، فهل يرجع به ؟ على وجهين ، بناء على من ضمن دينه بغير إذنه . وإن لم يجد من يشهده

فأنفق ، ففي الرجوع وجهان . أصحهما : يرجع به ، لأنه موضع ضرورة ، فأشبه ما لو أنفق على الآبق في رده ، فإذا وصل دفع الجمال إلى الحاكم ، ليوفي المنفق نفقته منها ، ويفعل في سائرها ما يرى الحظ فيه لصاحبها ،من بيعها وحفظ ثمنها ، أو بيع بعضها ، وإنفاقه على باقيها .

فصل

وليس على المكتري مؤنة رد العين ، لأنها أمانة ، فلم يلزمه مؤنة ردها كالوديعة ، ويحتمل أن يلزمه ، لأنه غير مأذون له في إمساكها بعد انقضاء مدتها فلزمه مؤنة ردها كالعارية .

فصل

وللمكتري استيفاء المنفعة بالمعروف ، لأن إطلاق العقد يقتضي المتعارف ، فصار كالمشروط ، فإذا استأجر داراً للسكنى ، فله وضع متاعه فيها لأنه متعارف في السكنى ، ويترك فيها من الطعام ما جرت عادة الساكن به لذلك ، وليس له جعلها مخزناً للطعام ، لأنه غير متعارف وفيه ضرر ، لأن الفأر تنقب الحيطان للوصول إليه ، ولا يجوز أن يربط فيها الدواب ، ولا يطرح فيها الرماد والتراب ، لأنه غير متعارف به ، وإن اكترى قميصاً ليلبسه ، لم يكن له أن ينام فيه ليلاً ، وله ذلك نهاراً ، لأن العادة الخلع لنوم الليل دون النهار ، وليس له أن يتزر به ، لأنه يعتمد عليه أكثر من اللبس ، وله أن

يرتدي به في أحد الوجهين ، لانه أخف ، والآخر ليس له ذلك ، لأنه غير المتعارف في لبس القميص . وإن اكترى ظهراً في طريق، العادة السير فيه زمناً دون زمن لم يسر إلا فيه ، لأنه المتعارف ، وإن كانت العادة النزول للرواح ، وكان رجلاً قوياً ، ففيه وجهان. أحدهما : يلزمه ذلك ، لأنه المتعارف.والثاني: لا يلزمه ، لأنه اكترى للركوب في جميع الطريق ، فلم يلزمه تركه في بعضه . وإن اكتراه إلى مكة ، لم يجز أن يحج عليه ، لأنه زيادة، وإنا كتراه ليحج عليه فله الركوب إلى منى ، ثم إلى عرفة ، ثم إلى مكة . وهل له أن يركبه عائداً إلى منى؟ فيه وجهان . أحدهما : لا يجوز ، لأنه قد حل من الحج . والثاني : له ذلك ، لأنه من تمام الحج .

فصل

وله ضرب الظهر ، وكبحه باللجام ، وركضه برجله ، لأن النبي ﷺ ضرب جمل جابر حين ساقه ، ولأنه لا يتوصل إلى استيفاء المنفعة إلا به ، فملكه كركوبه . وإن شرط حمل أرطال من الزاد ، فله إبدال ما يأكل ، لأن له غرضاً في أن يشتري الزاد من الطريق ، ليخفف عليه حمله فملك بدله ، كالذي يشرب من الماء .

فصل

وله أن يستوفي النفع المعقود ومثله ودونه في الضرر ، ولا يملك فوقه ،

ولا ما يخالف ضرره ، لأنه يأخذ فوق حقه ، أو غير حقه . فإن اكترى ظهراً في طريق ، فله ركوبه إلى ذلك البلد في مثله ، ودونه في الخشونة والمسافة والمخافة ، ولا يركبه في أخشن منه ، ولا أبعد ، ولا أخوف . وإن اكترى أرضاً للغراس والبناء، فله زرعها ، لأنه أقل ضرراً ، وإن استأجرها لأحدهما لم يملك الآخر ، لأن ضرر كل واحد منهما يخالف ضرر الآخر ، وإن استأجرها للزرع ، لم يغرس ، ولم يبن ، لأنهما أضر منه ، وإن استأجرها لزرع الحنطة ، فله زرعها ، وزرع ما ضرره كضررها أو أدنى ، كالشعير والباقلاء . ولا يملك زرع الدخن والذرة والقطن ، لأن ضررها أكثر . وإن اكترى ظهراً ليحمل عليه قطناً ، لم يجز أن يحمل عليه حديداً ، لأنه أضر على الظهر لاجتماعه وثقله ، وإن اكتراه للحديد ، لم يحمل عليه قطناً ، لأنه أضر لتجافيه ، وهبوب الريح فيه ، وإن اكتراه ليركبه ، لم يحمل عليه ، لأن الراكب يعين الظهر بحركته ، وإن اكتراه للحمل ، لم يملك ركوبه ، لأن الراكب يقعد في موضع واحد ، والحمل يتفرق على جنبيه ، وإن شرط ركوبه عرياناً ، لم يركب بسرج ، لأنه زيادة ، وإن شرط ركوبه بسرج ، لم يركبه عرياناً ، لأنه يضر بظهر الحيوان ، والعارية كالإجارة في هذا ، لأنها تمليك للمنفعة ، فأشبهت الإجارة .

فصل

وله أن يستوفي المنفعة بنفسه وبمثله ، فإن اكترى داراً ، فله أن يسكنها

مثله ، ومن هو دونه في الضرر ، ولا يسكنها من هو أضر منه ، وإن اكترى ظهراً يركبه ، فله أن يركبه مثله ، ومن هو أخف منه ، لما ذكرنا في الفصل قبله . فإن شرط أن لا يستوفي غير المنفعة بنفسها ، ولا يستوفي مثلها ، ولا دونها ، ولا يستوفيها بمثله ، ولا بدونه ، صح الشرط ، لأنه يملك المنافع ، فلا يملك إلا ما ملكه ، ويحتمل أن لا يصح ، لأنه ينافي مقتضى الإجارة ، ولا يبطل العقد ، لأن الشرط لا يؤثر في حق المؤجر ، فلغا وبقي العقد على مقتضاه .

فصل

وله أن يؤجر العين ، لأن الإجارة كالبيع ، وبيع المبيع جائز ، وكذلك إجارة المستأجر ، ويجوز أن يؤجرها للمؤجر وغيره ، كما يجوز بيع المبيع للبائع وغيره ، فإن أجرها قبل قبضها ، لم يجز ، ذكره القاضي ، لأنها لم تدخل في ضمانه ، فلم تجز إجارتها ، كبيع الطعام قبل قبضه ، ويحتمل الجواز ، لأن المنافع لا تصير مقبوضة بقبض العين ، فلم يؤثر قبض العين فيها ، ويحتمل أن تجوز إجارتها للمؤجر ، لأنها في قبضه ، ولا تجوز من غيره لعدم ذلك ، وتجوز إجارتها بمثل الأجرة وزيادة ، كالبيع برأس المال وزيادة ، وعنه : إن أحدث في العين زيادة ، جازت إجارتها بزيادة ، وإن لم يفعل لم يؤجرها بزيادة ، لأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن ، فإن فعل تصدق بالزيادة . وعنه : يجوز بإذن المالك ، ولا يجوز بغير إذنه ، والمذهب الأول .

فصل

وإن استوفى أكثر من المنفعة بزيادة متميزة مثل أن اكترى إلى مكان ، فجاوزه ، أو ليحمل قفيزاً فحمل اثنين ، لزمه المسمى ، لما عقد عليه ، وأجرة المثل للزيادة ، لأنه استوفى المعقود عليه ، فاستقر المسمى ، ولزمته أجرة الزيادة ، كما لو اشترى قفيزاً ، فقبض اثنين . وإن كانت الزيادة لا تتميز ، كرجل اكترى أرضاً ليزرع حنطة فزرع دخناً فكذلك ، قال أحمد رضي الله عنه : ينظر ما يدخل على الأرض من النقصان ما بين الحنطة والشعير ، فيعطى رب الأرض ، فأوجب المسمى وزيادة ، لأنه لما عين الحنطة تعلق العقد بما يماثله في الضرر ، فصار مستوفياً للمعقود عليه وزيادة كالتي قبلها . وقال أبو بكر : عليه أجرة المثل للجميع ، لأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره ، فلزمته أجرة المثل ، كما لو زرع غير الأرض ، ولرب الأرض منع المستأجر من زرع الأرض ، فإن زرع فحكمه في ذلك حكم الغاصب على ما سيأتي .

فصل

فإن اكترى أرضاً للزرع مدة . فليس له زرع ما لا يستحصد فيها ، لأن عليه تسليمها فارغة عند انتهائها ، وهذا يمنع ذلك ، وللمالك منعه من زرعه لذلك ، فإن فعل ، لم يجبر على قلعه في المدة ، لأنه مالك لمنفعة الأرض ، فإذا انقضت ، ولم يحصد ، خير المالك بين أخذه ، ودفع نفقته ، وبين تركه بالأجرة

لأنه تعدى بزرعه ، فأشبه الغاصب . وإن كان بقاؤه بغير تفريط ، إما لشدة برد ، أو قلة مطرٍ ونحوه ، فعلى المؤجر تركه بالأجرة ، لأنه زرعه بحق ، فكان عليه المسمى للمدة ، وأجرة المثل للزائد لا غير .

فصل

فإن اكتراها مدة ليزرع فيها زرعاً لا يكمل فيها ، وشرط قلعه في آخرها ، صح العقد والشرط ، لأنه قد يكون له غرض صحيح فيه ، وإن شرط تبقيته حتى يكمل ، فسد العقد لجهل المدة ، ولأن شرط تبقيته تنافي تقدير مدته ، وللمؤجر منعه من الزرع ، لأن العقد فاسد ، فإن زرعه ، لزم إبقاؤه بشرطه ، لأنه زرعه بإذن المالك . وإن أطلق العقد ، صح ، لأن الانتفاع بالأرض في هذه المدة ممكن ، فإذا انقضت ، والزرع باق ، احتمل أن يكون حكمه حكم المفرط لزرعه في مدة الإجارة مالا يكمل فيها ، واحتمل أن يكون حكمه حكم غير المفرط لتفريط المؤجر بإجارة مدة لا يكمل فيها .

فصل

وإن استأجرها للغراس مدة ، جاز ، وله الغرس فيها ، ولا يغرس بعدها ، لأن العقد يقتضي التصرف في المدة دون ما بعدها ، فإن غرس ، فانقضت المدة ، وكان مشروطاً عليه القلع عند انقضائها ، أخذ بما شرطه ، ولم يلزمه تسوية الحفر ، لأنه لما شرط القلع مع علمه بأنه يحفر الأرض كان راضياً ،

وإن لم يكن شرط القلع، لم يجب ، لأن تفريغ المستأجر على حسب العادة ، والعادة ترك الغراس حتى ييبس، والمستأجر قلع غرسه، لأنه ملكه ، فإن قلعه ، لزمه تسوية الحفر ، لأنه حفرها لتخليص ملكه من ملك غيره بغير إذنه ، وإن لم يقلعه ، فللمؤجر دفع قيمته ليملكه ، لأن الضرر يزول عنهما به ، أشبه الشفيع في غراس المشتري ، وإن أراد قلعه ، وكان لا ينقص بالقلع أو ينقص لكنه يضمن أرش النقص ، فله ذلك ، لأن الضرر يزول عنهما به ، وإن اختار إقراره بأجرة مثله ، فله ذلك ، لأن الضرر يزول عنها به ، ولصاحب الشجر بيعه للمالك ولغيره ، فيكون بمنزلته ، لأن ملكه ثابت عليه ، فأشبه الشقص المشفوع ، والبناء كالغراس في جميع ما ذكرنا .

باب تضمين الأجير واختلاف المتكاريين

الأجير على ضربين : خاص ومشترك ، فالخاص : هو الذي يؤجر نفسه مدة ، فلا ضمان عليه فيما يتلف في يده بغير تفريط ، مثل أن يأمره بالسقي ، فيكسر الجرة ، أو يكيل شيء ، فيكسر الكيل ، أو بالحرث ، فيكسر آلته نص عليه ، أو بالرعي ، فتهلك الماشية بغير تفريطه . والمشترك : الذي يؤجر نفسه على عمل ، فظاهر كلام الخرقي ، أنه يضمن ما تلف بعمله ، ونص عليه أحمد رضي الله عنه في حائك دفع إليه غزل ، فأفسد حياكته يضمن. والقصار

ضامن لما يتخرق من مده ودقه وعصره وبسطه ، والطباخ ضامن لما أفسد من طبخه ، لما روى جلاس بن عمرو أن علياً كرم الله وجهه : كان يضمن الأجير. ولأنه قبض العين لمنفعة من غير استحقاق ، فكان ضامناً لها كالمستعير . وقال القاضي وأصحابه : إن كان يعمل في ملك المستأجر ، كخياط أو خباز ، أخذه إلى داره ليستعمله فيها ، فلا ضمان عليه مالم يتعد فيه ، مثل أن يسرف في الوقود أو يلزقه قبل وقته ، أو يتركه بعد وقته فيضمن ، لأنه أتلفه بعدوانه ، وما لا فلا ضمان عليه ، لأنه سلم نفسه إلى صاحب العمل ، فأشبه الخاص ، وإن كان العمل في غير ملك المستأجر ، ضمن ما جنت يده لما ذكرناه ، ولا ضمان عليه فيما تلف من حرزه ، لأنها أمانة في يده ، فأشبه المودع ، وإن حبسها على أجرتها فتلفت ، ضمنها ، لأنه متعد بإمساكها إذ ليست رهناً ولا عوضاً عن الأجرة .

فصل

ولا ضمان على المستأجر في العين المستأجرة إن تلفت بغير تفريط ، لأنه قبضها ليستوفي ما ملكه منها ، فلم يضمنها كالزوجة ، والنخلة التي اشتراها ليستوفي ثمرتها ، وإن تلفت بفعله بغير عدوان ، كضرب الدابة وكبحها ، لم يضمن ، لأنها تلفت من فعل مستحق ، فلم يضمنها ، كما لو تلفت تحت الحمل ، وإن تلفت بعدوان ، كضربها من غير حاجة ، او لإسرافه فيه ، ضمن ، لأنه جناية على مال الغير ، وإن اكترى إلى مكان ، فتجاوزه ، فهلك الظهر ، ضمنه ، لأنه متعد ،

أشبه الغاصب . وإن هلك بعد نزوله عنه ، وتسليمه إلى صاحبه ، لم يضمنه ، لأنه برىء بتسليمه إليه إلا أن يكون هلاكه ، لتعب الحمل فيضمنه ، لأنه هلك بعدوانه . وإن حمل عليه أكثر مما استأجره ، فتلف ، ضمنه لذلك ، وإن اكترى دابة ليركبها فركب معه آخر بغير إذن فتلفت ، ضمنها الآخر كلها ، لأن عدوانه سبب تلفها فضمنها ، كمن ألقى حجراً في سفينه موقرة فغرقها ، فإن تلفت الدابة بعد عودها إلى المسافة ، ضمنها ، لأن يده صارت ضامنة ، فلم يسقط عنه ذلك إلا بإذن جديد ، ولم يوجد .

فصل

ولو قال لخياط : إن كان هذا يكفيني قميصاً فاقطعه فقطعه ، فلم يكفه ، ضمنه ، لأنه إنما أذن له في قطعه بشرط الكفاية ولم يوجد ، وإن قال : هو يكفيك قميصاً فقال : اقطعه ، فقطعه ، فلم يكفه ، لم يضمنه ، لأنه قطعه بإذن مطلق .

فصل

ومن أجر عيناً فامتنع من تسليمها ، فلا أجرة له ، لأنه لم يسلم المعقود عليه ، فلم يستحق عوضه ، كالمبيع إذا لم يسلمه ، وإن سلمه بعض المدة ، ومنعه بعضاً ، فقال أصحابنا : لا أجرة له ، لأنه لم يسلم ماتناوله العقد ، فأشبه الممتنع من تسليم الجميع ، ويحتمل أن يلزمه عوض ما استوفاه ، كما لو باعه مكيلاً

فسلم إليه بعضه ، ومنعه من باقيه . وإن أجر نفسه على عمل ، فامتنع من إتمامه ، فكذلك ، وإن أجره عبده فهرب ، أو دابته فشردت في بعض المدة ، فله من الأجرة بقدر ما استوفي من المدة ، لأن الامتناع بغير فعله ، فأشبه ما لو مات . وإن تلف الثوب في يد الصانع بغير تفريطه ، فلا أجرة له فيما عمل ، لأنه لم يسلمه إلى المستأجر ، فلم يستحق عوضه ، وإن تلف بتفريطه خير المالك بين تضمينه إياه معمولاً ، ويدفع إليه أجرته ، وبين تضمينه إياه غير معمول ولا أجرة له ، وإن استأجر الأجير المشترك أجيراً خاصاً ، فأتلف الثوب، فلاضمان على الخاص ، ويضمنه المشترك .

فصل

وإذا اختلف المتكاريان في قدر الأجرة أو المنفعة ، تحالفا ، لأنه عقد معاوضة ، أشبه البيع ، ثم الحكم في فسخ الإجارة ، كالحكم في فسخ البيع ، لأنها بيع ، وإن اختلفا في العدوان ، فالقول قول المستأجر ، لأن الأصل عدم العدوان، والبراءة من الضمان ، وإن اختلفا في رد العين، ففيه وجهان. أحدهما: القول قول المؤجر ، لأن الأصل عدم الرد ، ولأن المستأجر قبض العين لنفسه ، أشبه المستعير . والثاني : القول قول الأجير ، لانه أمين ، فأشبه المودع وإن هلكت العين ، فقال الأجير : هلكت بعد العمل فلي الاجرة ، فأنكره المستأجر ، فالقول قوله ، لأن الأصل عدم العمل . وإن دفع ثوباً إلى

خياط ، فقطعه قباء ، وقال : لهذا أمرتني ، فلي الأجرة ، ولا ضمان علي . وقال صاحبه : إنما أمرتك بقطعه قميصاً ، فالقول قول الأجير ، نص عليه ، لأنه مأذون له في قطعه ، والخلاف في صفته ، فكان القول قول المأذون له كالمضارب ولأن الأصل عدم وجوب الغرم ، فكان القول قول من ينفيه ، ويتخرج أن يقبل قول المالك ، لأن القول قوله في أصل الإذن ، فكذلك في صفته ،ولأن الأصل عدم ما ينفيه ، فكان القول قوله فيه .

باب الجعالة

وهي أن يجعل جعلاً لمن يعمل له عملاً من رد آبق أو ضالة ، أو بناء ، أو خياطة ، وسائر ما يستأجر عليه من الأعمال فيجوز ذلك ، لقول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير)يوسف : ٧٢ ولما روى أبو سعيد أن ناساً من أصحاب رسول الله ﷺ أتوا حياً من أحياء العرب ، فلم يقروهم، فبيناهم كذلك إذ لدغ سيد أولئك ، فقالوا : هل فيكم من راق ؟ فقالوا : لم تقرونا فلا نفعل ، أو تجعلوا لنا جعلاً ، فجعلوا لهم قطيع شياه ، فجعل رجل يقرأ بأم القرآن ، ويجمع بزاقه ويتفل فبرىء الرجل ، فأتوهم بالشياه ، فقالوا : لا نأخذها حتى نسأل عنها النبي ﷺ ، فقال : « وما أدراك أنها رقية خذوها واضربوا لي منها بسهم » . متفق عليه . ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك في رد الضالة ونحوها ،

فجاز كالإجارة . ويجوز عقد الجعالة لعامل غير معين ، وعمل مجهول ، فيقول: من رد ضالتي فله كذا للآية ، ولأن الحاجة داعية إليه مع الجهل، فجاز كالمضاربة. ولا يجوز إلا بعوض معلوم ، لأنه عقد معاوضة ، فاشترط العلم بعوضه كالإجارة ، فإن شرط مجهولاً فسد ، وله أجرة المثل ، لأنه عقد يجب المسمى في صحيحه ، فوجبت أجرة المثل في فاسده كالإجارة .

فصل

وهي عقد جائز ، لأنها تنعقد على مجهول ، فكانت جائزة كالمضاربة ، وأيهما فسخ قبل الشروع في العمل فلا شيء للعامل ، وإن فسخه العامل قبل تمام العمل ، فلا شيء له ، لأنه إنما يستحق بعد الفراغ من عمله وقد تركه ، وإن فسخه الجاعل بعد التلبس به ، فعليه أجرة ما عمل العامل ، لأنه إنما عمل بعوض لم يسلم له، وإن تم العمل، لزم العقد ، ووجب الجعل، لانه استقر بتمام العمل ، فأشبه الربح في المضاربة ، وإن زاد في الجعل ، أو نقص منه قبل الشروع في العمل ، جاز ، لأنه عقد جائز ، فجازت الزيادة فيه والنقصان قبل العمل كالمضاربة .

فصل

ولا يستحق الجعل إلا بعد فراغه من العمل ، لأنه كذا شرط ، وإن جعل له جعلاً على رد آبق فرده إلى باب الدار ، فهرب ، أو مات قبل تسليمه

لم يستحق شيئاً ، لأنه لم يأت بما جعل الجعل فيه ، وإن قال : من رده من مصر فله دينار ، فرده من نصف طريقها ، أو قال : من رد عبدي ، فله دينار ، فرد أحدهما ، فله نصف الدينار ، لأنه عمل نصف العمل ، وإن رده من أبعد من مصر ، لم يستحق إلا الدينار ، لأنه لم يضمن لمن زاد شيئاً . وإن رده جماعة اشتركوا في الدينار ، لأنهم اشتركوا في العمل . فإن جعلوا لواحد في رده ديناراً ، ولآخر اثنين ، ولآخر ثلاثة ، فلكل واحد منهم ثلث جعله . وإن جعل لواحد منهم ثوباً ، فله ثلث أجرة المثل ، لأنه عوض مجهول ، فاستحق ثلث أجرة المثل ، وإن جعل لواحد جعلاً ، فأعانه آخر ، فالجعل كله للمجعول له ، لأن العمل كله له ، فإن قال الآخر : شاركته لأشاركه في الجعل ، فللعامل نصف الجعل ، لأنه عمل نصف العمل ، ولاشيء للآخر ، لأنه لم يشرط له شيء .

فصل

ومن عمل لغيره عملاً بغير جعل ، فلا شيء له ، لأنه بذل منفعته بغير عوض ، فلم يستحقه ، وإن التقط قبل الجعل ، ثم بلغه الجعل لم يستحقه ، لأنه وجب عليه ردها بالتقاطها ، فلم يجز له أخذ العوض عن الواجب ، وإن التقطها بعد الجعل ، ولم يعلم بذلك لم يستحقه ،لأنه تطوع بالالتقاط . وإن نادى غير صاحب الضالة: من ردها ، فله دينار ، فردها رجل ، فالدينار على المنادي ،

لأنه ضمن العوض وإن قال في النداء : قال فلان : من رد ضالتي فله دينار ، فردها رجل ، لم يضمن المنادي ، لأنه لم يضمن ، إنما حكى قول غيره .

فصل

وإن اختلفا في الجعل وفي قدره ، أو في المجعول فيه الجعل ، فالقول قول المالك ، لأنه منكر ما يدعى عليه والأصل عدمه .

فصل

وإن رد آبقاً من غير شرط ، ففيه روايتان . إحداهما : لا جعل له فيما ذكرنا . والثانية : له جعل ، لأن ذلك يروى عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ، ولا يعرف لهم مخالف في الصحابة . ويروى عن النبي ﷺ : أنه جعل في الآبق إذا جاء به خارجاً من الحرم ديناراً . ولأن في ذلك حثاً على رد الآبق ، وصيانة عن الرجوع إلى دار الحرب ، وردتهم عن دينهم ، فينبغي أن يكون مشروعاً ،وقدر الجعل ديناراً أو اثنا عشر درهماً ،لما روينا .ولأن ذلك يروى عن عمر وعلي رضي الله عنهما .وعن أحمد رضي الله عنه : أنه إن رده من خارج المصر فله أربعون درهماً ،وإن رده من المصر ، فله دينار ، لأنه يروى عن ابن مسعود . وسواء كان ذلك كقيمة العبد أو أقل ،أو أكثر ، فإن مات السيد ، استحق الجعل في تركته . وما أنفق على الآبق في قوته ، رجع به على سيده ، سواء رده أو هرب منه في بعض الطريق .

باب المسابقة

تجوز المسابقة على الدواب والأقدام وبالسهام والحرب والسفن وغيرها، لما روى ابن عمر رضي الله عنهما : أن النبي ﷺ سابق بين الخيل المضمرة من الحفياء إلى ثنية الوداع ، وبين التي لم تضمر من ثنية الوداع إلى مسجد بني زريق. متفق عليه . وسابق النبي ﷺ عائشة على قدميه ، وسابق سلمة بن الأكوع رجلاً من الأنصار بين يديه ، ومر النبي ﷺ بقوم يربعون حجراً أي يرفعونه بأيديهم ليعلم الشديد منهم فلم ينكر عليهم . ولا يجوز بعوض إلا في الخيل والإبل والسهام ، لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : « لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر » رواه أبو داود . فتعين حمله على المسابقة بعوض جمعاً بينه وبين ما روينا ، والمراد بالحافر الخيل خاصة ، وبالخف الإبل ، وبالنصل السهام ، لقول النبي ﷺ « ليس من اللهو إلا ثلاث، تأديب الرجل فرسه ، وملاعبته أهله ، ورميه بقوسه ونبله » ولأن غير الخيل والإبل لا تصلح للكر والفر والقتال، وغير السهام لا يعتاد الرمي بها ، فلم تجز المسابقة عليها كالبقر والتراس .

فصل

والمسابقة بعوض جعالة فيه ، لأنه عقد على ما لم يعلم القدرة على تسليمه، فأشبه رد الآبق ، ولكل واحد منهما فسخها قبل الشروع في المسابقة ، وما لم يظهر فضل أحدهما ، فإن ظهر ، فللفاضل الفسخ والنقصان والزيادة ، ولا يجوز للمفضول ، لئلا يفوت غرض المسابقة ، فإنه متى بان له أنه مسبوق ، فسخ . وذكر القاضي وجهاً آخر ، أنها عقد لازم ، لأن من شرطها العلم بالعوضين فكانت لازمة كالإجارة . ويجوز بذل العوض من بيت المال ، ومن السلطان ، ومن المتسابقين ، ومن آحاد الرعية ، لأنه إخراج مال لمصلحة، فجاز من الجميع كارتباط الخيل في سبيل الله ، فإن بذل العوض فيها تحريض على التعلم ، والاستعداد للجهاد . ومن شرط العوض كونه معلوماً لما ذكرنا في الجعالة له .

فصل

ولا تجوز المسابقة بين جنسين ، كالخيل والإبل ، لأن تفاضل الجنسين معلوم . فأما النوعان كالعربي والهجين ، والبختي والعرابي ، فقال القاضي : تجوز المسابقة بينهما ، لأن الجنس يشملهما ، فأشبه النوع الواحد. وقال أبو الخطاب : لا تصح ، لأنهما يختلفان في الجري عادة، فأشبها الجنسين . وكذا الخلاف في المناضلة بنوعين من القسي ، كالعربي والفارسي .

فصل

ويشترط تعيين المركوبين، لأن القصد جوهرهما، وتعيين الراميين ، لأن القصد معرفة حذقهما ، ولا يعتبر تعيين الراكبين ولا القوسين ، لأنهما آلة للمقصود فلم يعتبر تعيينهما ، كسرج الدابة . ويعتبر تحديد المسافة ، لحديث ابن عمر ، ولأنهما إذا أجريا إلى غير غاية ، لم يؤمن ألاّ يسبق أحدهما حتى يعطبا أو أحدهما . ولا يجوز إجراؤهما إلا بتدبير الراكبين ، لأنهما إذا جريا لأنفسهما ، تنافرا ولم يمضيا إلى الغاية . ولا يجوز أن يستبقا على أن من سبق صاحبه بخمسة أقدام ، فهو السابق ، لأن هذا لا ينضبط ، فإن الفرسين لا يقفان عند الغاية ليقدر ما بينهما .

فصل

وإذا كان الجعل من غيرهم فقال : من سبق منكم ، فله عشرة ، صح، فإن سبق واحد ، فهي له ، لأنه سبق . وان سبق اثنان أو أكثر، اشتركوا في السبق، وإن جاء الكل معاً ، فلا شيء لهم ، لأنهم لا سابق فيهم . وإن جعل السبق للمصلي وحده ، أو فضله عن السابق ، لم يصح ، لأن كل واحد منهم يجتهد أن لا يسبق فيفوت الغرض . وكذلك إن جعل للسابق عشرة والثالث أربعة، ولم يجعل للمصلي شيئاً ، لم يصح ، لأن من عدا السابق يجتهد أن لا يسبق صاحبه . وإن سوى بين السابق والمصلي، ولا ثالث معهما ، لم يصح لفوات

الغرض به . وإن كان معها ثالث نقص عنها ، صح ، لأن كل واحد منهم يجتهد في أن لا يكون الثالث . وإن جعل للمجلي وهو الأول مائة ، وللمصلي وهو الثاني تسعين ، وللمسلي وهو الثالث ثمانين ، وللتالي وهو الرابع سبعين، وللمرتاح وهو الخامس ستين ، وللمطي وهو السادس خمسين ، وللعاطف وهو السابع أربعين ، وللمؤمل وهو الثامن ثلثين . وللطيم وهو التاسع عشرين ، وللسكيت وهو العاشر عشرة ، وللفشكل وهو الأخير خمسة ، صح ، لأن الغرض حاصل وكل واحد يجتهد في سبق الآخر ، لينال أعلى من رتبته . وإن جَعَلَ جعْل كل رتبة يشترك فيه جميع من بلغها ، احتمل ان يصح لذلك ، واحتمل أن لا يصح ، لأنه قد يشترك في السبق جماعة ، وينفرد المصلي فيفضلهم بكثرة ما جعل له فيفوت الغرض . وإن قال : من بلغ الغاية فله عشرة ، لم يكن ذلك مسابقة ، لأن مقصود المسابقة التحريض على السبق وتعلم الفروسية ، وهذا يفوت بالتسوية، ولكنه جعالة محضة ، لأنه بذل العوض في أمر فيه غرض صحيح . وكذلك إن قال : إرم عشرة أسهم ، فإن كانت إصابتك أكثر من خطئك ، فلك كذا ، أو قال : إن أصبت بهذا السهم ، فلك كذا ، صح ولم يكن مناضلة لذلك .

فصل

وإن أخرج الجعل أحد المتسابقين ، جاز ، لأن فيهما من يأخذ ولا

يعطي،فلا يكون قماراً . فإن سبق من أخرج ، أحرز سبقه ، ولم يأخذ من صاحبه شيئاً ، وإن سبق الآخر ، أحرز الجعل ، لأنه سابق . وإن جاءا معاً فالجعل لصاحبه ، لأنه لا سبق فيهما . وإن أخرجا معاً ، لم يجز ، لأنه يكون قماراً ، لأنه ليس فيهما إلا من يأخذ إذا سبق ، ويعطي إذا سبق ، إلا أن يدخلا معهما ثالثاً يساوي فرسه فرسيهما ، لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : «من أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يؤمن أن يسبق ، فليس بقمار ، ومن أدخل فرساً بين فرسين وقد أمن أن يسبق ، فهو قمار » رواه أبو داود . ولأنه مع وجود المحلل المكافىء فيهم من يأخذ ولا يعطي، فيخالف القمار . فإن كان لا يكافئهما ، فوجوده كعدمه ، لأنه معلوم أنه لا يأخذ شيئاً، وسواء كان المحلل واحداً أو أكثر ، والمسابقة بين اثنين أو حزبين ، لأن الغرض الخروج من القمار وقد حصل على أي صفة كان . فإذا تسابقوا فجاؤوا معاً ، أوجاء المستبقان معاً قبل المحلل ، أحرز كل واحد منهما سبقه ، ولا شيء للمحل ، لأنه لم يسبق ولم يسبق أحدهما صاحبه، وإن سبقهما المحلل أخذ سبقيهما، لأنه سبقهما، وإن سبق أحد المستبقين وحده، أحرز السبقين لسبقه، ولم يأخذ من المحلل شيئاً، وإن سبق احدهما مع المحلل ، أحرز المستبق سبق نفسه ، لأنه غير مسبوق ، وكان سبق الآخر بينه وبين المحلل نصفين ، لاشتراكهما في سبقه .

فصل

وترسل الفرسان معاً من أول المسافة في حال واحدة ، ولا يجوز لأحدهما أن يجنب مع فرسه فرساً يحرضه على العدو ، ولا يصيح به ولا يجلب عليه ، لما روى عمران بن حصين أن النبي ﷺ قال : « لا جلب ولا جنب في في الرهان » رواه أبو داود . وروى ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « من أجلب على الخيل يوم الرهان فليس منا » فإن استوى الفرسان بطول العنق فسبق أحدهما برأسه ، فهو سابق . وإن اختلفا في طول العنق ، أو كان بعيرين اعتبر السبق بالكتف ، فمن سبق به أو ببعضه ، فهو سابق ، ولا عبرة بالعنق . وإن عثر أحدهما ، أو ساخت قوائمه في الارض ، أو وقف لعلة ، فسبقه الآخر لم يحكم له بالسبق ، لأن سبقه إياه للعارض ، لا لفضل جريه .

فصل

وإن مات أحد المركوبين ، بطلت المسابقة ، لأن العقد تعلق بعينه ، فأشبه تلف المعقود عليه في الإجارة . وإن مات الراكب ، لم تبطل ، لأنه غير المعقود عليه ، وللوارث أن يقوم مقامه ، وله أن يفعل ، لأن العقد جائز ، ومن جعله لازما ، لزمه أن يقوم مقامه ، كالإجارة ،

باب المناضلة

وهي المسابقة بالرمي وتجوز بين اثنين وحزبين ، لما روي عن النبي ﷺ أنه خرج على أصحاب له يتناضلون فقال : « ارموا وأنا مع بني فلان ، فأمسك الآخرون ، فقالوا : يارسول الله كيف نرمي وأنت معهم ، فقال: ارموا وأنا معكم كلكم » رواه البخاري. ولأنه إذا جاز على اثنين، جاز على ثلاثة كسباق الخيل .

فصل

ويشترط لصحتها شروط ثمانية. أحدها : تعيين الرماة ، لأن الغرض معرفة الحذق في الرمي ، فلا يتحقق مع عدم التعيين، كسباق الخيل ، فإن عقد اثنان نضالاً على أن يكون مع كل واحد منهما ثلاثة ، لم يصح لذلك . وإن عقد جماعة نضالاً ليتناضلوا حزبين، احتمل أن لا يصح، لأن التعيين لا يتحقق قبل التفاضل ، وقال القاضي : ويجعل لكل حزب رئيس، فتختار أحدهما واحداً ، ويختار الآخر آخر كذلك حتى يتناضلوا ، فإن اختلفا في المبتدىء منهما بالخيار، أقرع بينهما ، ولا يجوز أن يقتسموا بالقرعة ، لأنها ربما وقعت على الحذاق في أحد الحزبين ، ولا يجوز أن يجعل زعيم الحزبين واحداً ، لأنه قد يميل إلى أحدهما فتلحقه التهمة ، ولا يجوز أن يجعل الخيرة في تمييز الحزبين إلى

واحد ، ولا يجوز أن يجعل إلى واحـــد ، والسبق عليه ، لأنه يختار الحذاق فيبطل معنى النضال .

فصل

الشرط الثاني : تعيين نوع القسي ، لأن الأغراض تختلف باختلافها ، فقد يكون الرامي أحذق بنوع منه بالنوع الآخر ، وإن لم يكن في البلد إلا نوع واحد ، لم يحتج إلى التعيين، لأن الإطلاق ينصرف إليه كالنقد، فإن عقدا على نوع ، فأراد أحدهما أن ينتقلا إلى غيره ، أو أن ينتقل أحدهما ، لم يجز لما ذكرنا . وإن عقدا على قوس بعينه ، فانتقل أحدهما إلى غيره من نوعه ، جاز لأن الأغراض لا تختلف باختلاف الأعيان . وإن شرط عليه أن لا ينتقل خرج على الوجهين فيما إذا شرط في الإجارة أن لا يستوفي المنفعة بمثله .

فصل

الشرط الثالث : أن يرميا غرضاً ، وهو ما يقع فيه السهم المصيب من جلد أو ورق أو نحوه ، وإن قالا : السبق لأبعدنا رمياً ، لم يصح ، لأن القصد بالرمي الإصابة لا الإبعاد ، فلم يجز أخذ العوض عن غير المقصود ، والسنة أن يكون لهما غرضان في هدفين متقابلين يرميان من أحدهما الآخر ، ثم يرميان من الآخر الأول ، فإن أصحاب النبي ﷺ كذلك كانوا يرمون ، فروي عن حذيفة ، وابن عمر أنهما كانا يشتدان بين الغرضين إذا أصاب أحدهما خصمه

قال : أنالها في قميص . رواه سعيد . ويروى أن ما بين الهدفين روضة من رياض الجنة. والهدف : اسم لما ينصب الغرض فيه.

فصل

الشرط الرابع : أن يكون قدر الغرض معلوماً طوله وعرضه وانخفاضه وارتفاعه ، لأن الإصابة تختلف باختلافه ، فوجب علمه كتعيين النوع .

فصل

فإن أطلقا العقد، حمل على إصابته أي موضع كان من الغرض من أطرافه وعراه وغيرها ، وإن أصاب علاقته ، لم يحسب له ، لأن العلاقة ما يعلق به ، والغرض : هو المعلق . وإن شرطا إصابة موضع من الغرض ، كالدارة التي في وسطه ، أو الخاتم الذي في الدارة ، لم يحتسب بإصابة غيره ، ويستحب أن يصفا الإصابة ، فيقولا : خواصل ، وهو اسم للإصابة كيفما كانت، أو خوارق وهو ما ثقب الغرض ، أو خواسق ، وهو ما ثقبه وثبت فيه ، أو موارق ، وهو ما ثقبه ونفذ منه ، أو خوارم ، وهو ما قطع طرفه . فإن أطلقا الإصابة حمل على الخواصل ، والقرع كالخصل ، فإن أصاب سهماً في الغرض قد عرق إلى فوقه حسب له ، لأنه لولاه لوقع السهم في الغرض ، وإن كان السهم معلقاً بنصله ، وباقيه خارج من الغرض، لم يحسب له ولا عليه ، لأن بينه وبين الغرض

طول السهم، فلا يدري أكان يصيب أم لا ،فإن أطارت الريح الغرض،فأصاب السهم موضعه، حسب له ، وإن وقع في الغرض في الموضع الذي انتقل إليه حسب عليه في الخطاء ، لأنه أخطأ في الرمي ، وإنما أصاب بفعل الريح . وإن عرضت ريح شديدة ، لم يحسب له السهم في إصابة ولا خطأ ، لأن ذلك من أجل الريح ، فإن كانت لينة حسب في الإصابة والخطأ ، لأنها لا تمنع . وإن وقع السهم دون الغرض ، ثم ازدلف فأصابه حسب خاطئاً ، لان هذا لسوء رميه ، وإن عرض عارض ، من كسر قوس أو انقطاع وتر ، أو ريح في يده، فأصاب، حسب له ، لان إصابته مع اختلال الآلة أدل على حذقه ، وإن أخطأ لم يحسب عليه ، لانه للعارض . وقال القاضي : لا يحسب له ، لأنه لا يحسب عليه في خطأ ، فلا يحسب له في الإصابة ، كما في الريح الشديدة . وإن انكسر السهم فوقع دون الغرض ، لم يحسب عليه ، لأنه لعارض ، وإن أصاب بنصله حسب له لما ذكرنا ، وإن أصاب بغيره ، لم يحسب له ، وإن أعرق الرامي في النزع حتى أخرج السهم من الجانب الآخر ، احتسب له وعليه ، لأنه لسوء رميه أخطأ ، ولحذقه أصاب ، ولأن ما حسب عليه في الخطأ حسب له في الإصابة كغيره . وإن مرت بهيمة بين يديه ، وتشوش رميه ، لم يحسب عليه في الخطأ ، لأنه لذلك العارض إن خرقه وأصاب ، حسب له ، لأن هذا لقوة نزعه ، وسداد رميه ، وإن شرطا الخسق ، فأصاب الغرض ، وثبت فيه ،

خسب له ، فإن سقط بعد ، لم يؤثر ، كما لو نزعه إنسان . وإن ثقب ولم يثبت، ففيه وجهان . أحدهما : لا يحتسب له ، لأن الخاسق ما ثبت ، ولم يوجـد . والثاني : يحسب له ، لأنه ثقب ما يصلح له ، فالظاهر أنه لم يثبت لعارض من سعة الثقب ، أو غلظ لقيه . وإن مرق منه ، حسب له ، لأنه لقوة رميه ، وإن خدشه ، ولم يثبت فيه لمانع من حجر ، أو غلظ الأرض ، فعـلى الوجهين ، لكن إن لم يحسب له لم يحسب عليه ، لأن العارض منعه ، وإن لم يكن مانع حسب عليه ، فإن اختلفا في العارض ، وعلم موضع السهم ، وفيه مانع،فالقول قول صاحب السهم ، وإلا فالقول قول رسيله ، ولا يمين ، لأن الحال تشهد بصدق المدعي ، وإن لم يعلم موضع السهم ، ولم يوجد وراء الغرض مانع ، فالقول قول رسيله لذلك ، وإن كان وراءه مانع ، فقـال الرسيل ، لم يثقب موضع المانع ، فأنكر الثقب ، فالقول قوله معيمينه،لأن الأصل عدمما يدعيه صاحبه ، لكنه محتمل فأحلفناه لذلك ، وإن كان في الغرض خرق ، أو موضع بال ، فوقع السهم فيه ، وثبت في الهدف ، وكان صلابته كصلابة الغرض ، حسب له، لأنه لولا الخرق لثبت في الغرض، وإن لم يكن كذلك، لم يحسب له ولا عليه ، لأننا لا نعلم هل كان يثبت في الغرض أم لا ؟ وإن ثبت في الهدف، فوجد في نصله قطعة من الغرض ، فقال الرامي : هذا الجلدقطعه سهمي لقوته ، وقال رسيله : بل هذه جلدة كانت منقطعة من قبل ، فالقول قول الرسيل ،لأن الأصل عدم الخسق والله أعلم .

فصل

الشرط الخامس : أن يكون مد الغرض معلوماً مقدراً بما يصيب مثلها ومثله عادة ، لأن الإصابة تختلف بالقرب والبعد ، فاشترط العلم به كالنوع ، وإن جعلاه قدراً لا يصيبان في مثله ، أو لا يصيبان إلا نادراً ، كالزائد على ثلاثمائة ذراع ، لم يجز ، لأن الإصابة تندر في مثل هذا فيفوت الغرض .

فصل

الشرط السادس : أن يكون الرشق معلوماً . والرشق بكسر الراء : عدد الرمي ، لأن الحذق في الرمي لا يعلم إلا بذلك .

فصل

الشرط السابع : أن يكون عدد الإصابة معلوماً ، كخمسة من عشرين ونحوها ، ويعتبر أن يكون إصابة لا يندر مثلها ، فإن شرطا إصابة الجميع ، أو تسعة من عشرة ، لم يصح ، لأن هذا يندر ، فيفوت الغرض . ويستحب أن يبينا حكم الإصابة هل هي مبادرة أو محاطة ؟ والمبادرة : أن يقولا : من سبق إلى إصابتين أو نحوهما ، فهو السابق ، فأيهما سبق إليها مع تساويهما في الرمي ، فهو السابق ، فإذا رمى كل واحد عشرة ، فأصاب أحدهما إصابتين دون الآخر ، فهو السابق . ولا يلزم إتمام الرمي ، لأن المقصود قد حصل ، وإن أصاب كل واحد منهما من العشرة إصابتين ، فلا سابق منهما ، وبطل النضال ، لأن الزيادة

على عدد الإصابة غير معتد بها ، فإن رميا العشرين ، فلم يصب واحد منهما إصابتين ، أو أصاباها معاً ، فلا سابق فيها . وأما المحاطة ، فهي أن يشترطا حط ما تساويا فيه من الإصابة ، ثم من فضل صاحبه بإصابة معلومة ، فقد سبق، فإن شرطا فضل ثلاث إصابات، فرميا خمسة عشر، أصابها أحدهما كلها، وأخطأها الآخر، فالمصيب سابق. ولا يجب إتمام الرمي، لعدم الفائدة فيه، لأن أكثر ما يحتمل أن يصيب المخطىء الخمسة الباقيه، ويخطئها الأول، ولا يخرج الثاني بذلك عن كونه مسبوقاً، وإن كان في إتمامه فائدة مثل أن يكون الثاني أصاب من الخمسة عشر تسعة، فإذا أصاب الخمسة الباقية، وأخطأها الأول، لم يكن مسبوقاً، وجب إتمام الرمي، فإن أطلقا العقد، انصرف إلى المبادرة، لأن العقد على المسابقة، والبادر سابق، ذكر هذا القاضي. وقال أبو الخطاب: يشترط بيان ذلك في المسابقة، لأن الغرض يختلف به ، فمن الناس من تكثر إصابته في الأول دون الثاني، فوجب اشتراطه ، كقدر مدى الغرض .

فصل

الشرط الثامن : التسوية بين المتناضلين في عدد الرشق والإصابة وصفتها وسائر أحوال الرمي ، فإن تفاضلا في شيء منه ، أو شرطا أن يكون في يد أحدهما من السهام أكثر ، أو أن يرمي أحدهما والشمس في وجهه ، أو يحسب له خاصلاً بخاسق ، أو لا يحسب عليه سهم خاطىء ، لم يصح ، لأن القصد

معرفة حذقها ، ولا يعرف مع الاختلاف ، لأنه ربما فضله بشرطه لا بحذقه ، وإن شرطا أن يحسب خاسق كل واحد منهما بخاصلين ، أو يسقط القريب من إصابة أحدهما ما هو أبعد منها من رمي الآخر ، فمن فضل بعد بثلاث إصابات فهو السابق ، لأنه لا فضل لأحدهما في عدد ولا صفة ، وهذه نوع محاطة فصحت كاشتراط حط ما تساويا فيه .

فصل

وإن كان الرماة حزبين ، اشترط كون الرشق يمكن قسمته عليهم ، إن كان كل حزب ثلاثة ، وجب أن يكون له ثلث صحيح ، لأنه يجب التسوية بينها في عدد الرمي ، ولا يمكن إلا بذلك ، فوجب . وإذا نضل أحد الحزبين صاحبه ، فالجعل بين الناضلين ، سواء من أصاب ومن لم يصب . ويحتمل أن يكون بينهما على قدر إصاباتهم ، لأنهم بها يستحقون . والجعل على المنضولين بالسوية وجهاً واحداً ، لأنه لزمهم بالتزامهم لا صاباتهم بخلاف الناضلين .

فصل

فإن كان في أحد الحزبين من لا يحسن الرمي ، بطل العقد فيه ، لأنها لا تنعقد على من لا يحسن الرمي ، ويخرج من الحزب الآخر بإزائه ، كما إذا بطل البيع في بعض المبيع ، بطل في ثمنه . وهل يبطل العقد في الباقين؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة . فإن قلنا: لا يبطل ، فلهم الخيار في الفسخ والإمضاء ،

لأن الصفقة تفرقت عليهم . فإن إختاروا إمضاءه ، ورضوا بمن يخرج بإزائه وإلا انفسخ العقد .

فصل

ويرمي واحداً بعد الآخر ، لأن رميهما يفضي إلى التنازع والجهل بالمصيب . فإن اتفقا على المبتدىء منهما، جاز . وإن كان بينهما شرط ، عمل به. وإن اختلفا ولا شرط بينهما، قدم المخرج ، فإن كان المخرج غيرهما ،اختار منهما، فإن لم يختر أقرع بينهما . وإذا بدأ أحدهما في وجه ، بدأ الآخر في الثاني تعديلاً بينهما . فإن شرطا البداية لأحدهما في كل الوجوه ، لم يصح ، لأنه تفضيل وإن فعلاه بغير شرط ، جاز لأنه لا أثر له في إصابة ، ولا تجويد رمي ويرميان مراسلة سهماً وسهماً ، أو سهمين وسهمين . وإن اتفقا على غير هذا ، جاز لعدم تأثيره في مقصود المناضلة .

فصل

وإن مات أحد الرامين ، أو ذهبت يده ، بطل العقد . لأن المعقود عليه تلف، فأشبه موت الفرس في السباق . وإن مرض أو رمد، لم تبطل ، لأنه يمكن الاستيفاء بعد زوال العذر . وله الفسخ ، لأن فيه تأخير المعقود عليه ، فملك الفسخ كالإجارة . وإن عرض مطر ، أو ريح ، أو ظلمة ، أخر إلى زوال العارض. وإن أراد أحدهما التأخير لغير عذر ، فله ذلك إن قلنا: هي

جعالة ، لأنها جائزة وليس له ذلك إن قلنا : هي إجارة ، ويكره للأمين مدح أحدهما أو زجره ، لأن فيه كسر قلبه أو قلب صاحبه .

باب اللقطة

وهي المال الضائع عن ربه وهي ضربان : ضال وغيره ، فأما غير الضال فيجوز التقاطه بالإجماع . وهو نوعان : يسير يباح التصرف فيه بغير تعريف ، لما روى جابر قال : رخص لنا رسول الله ﷺ في العصا والسوط والحبل وأشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به. رواه أبو داود . ولا تحديد في اليسير إلا أنه ينبغي أن يعفى عما رخص فيه النبي ﷺ في الحديث وشبهه. وقال أحمد رضي الله عنه : ما كان مثل التمرة والكسرة والخرقة وما لا خطر له ، فلا بأس . ويحتمل أن لا يجب تعريف مالا يقطع فيه السارق ، لأنه تافه . قالت عائشة رضي الله عنها : كانوا لا يقطعون في الشيء التافه .

النوع الثاني : الكثير فظاهر كلام أحمد أن ترك التقاطه أفضل ، لأنه أسلم من خطر التفريط وتضييع الواجب من التعريف ، فأشبه ولاية اليتيم . واختار أبو الخطاب : أن أخذه أفضل إذا وجده بمضيعة ، وأمن نفسه عليه ، لما فيه من حفظ مال المسلم، فكان أولى كتخليصه من الغرق ، ولا يجب أخذه ،

لأنه أمانة ، فلم يجب كالوديعة . ومن لم يأمن نفسه عليه ، ويقوى على أداء الواجب ، لم يجز له أخذه ، لأنه تضييع لمال غيره، فحرم كإتلافه .

فصل

إذا أخذها ، عرف عفاصها، وهو : وعاؤها. ووكاءها وهو : الذي تشد به ، وجنسها وقدرها ، لما روى زيد بن خالد الجهني قال : سئل رسول الله ﷺ عن لقطة الذهب والورق فقال « اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة ، فإن لم تعرف، فاستنفقها ، ولتكن وديعة عندك . فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها إليه » متفق عليه . نص على الوكاء والعفاص ، وقسنا عليهما القدر والجنس . ولأنه إذا عرف هذه الأشياء ، لم تختلط بغيرها ، وعرف بذلك صدق مدعيها ، أو كذبه . وإن أخر معرفة صفتها إلى مجيء مدعيها ، أو تصرفه فيها ، جاز ، لأن المقصود يحصل ، وقد جاء ذلك في حديث أبي . ولا يحل له التصرف فيها إلا بعد معرفة صفتها ، لأن عينها تذهب، فلا يعلم صدق مدعيها إلا من حفظ صفتها . ويستحب أن يشهد عليه، نص عليه ، لما روى عياض ابن حمار أن النبي ﷺ قال : « من وجد لقطة فليشهد ذا عدل ، أو ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب » رواه أبو داود . ولأن فيه حفظها من ورثته إن مات وغرمائه إن أفلس ، وصيانته من الطمع فيها ، ولا يجب ذلك لتركه في حديث

زيد ، ولأنها أمانة فلا يجب الاشهاد عليها كالوديعة . قال أحمد رضي الله عنه : ولا يبين في الإشهاد كم هي، لكن يقول : أصبت لقطة .

فصل

ويجب تعريفها ، لأمر النبي ﷺ به، ولأنه طريق وصولها إلى صاحبها فوجب كحفظها . ويجب التعريف حولاً من حين التقاطها متواليا ، لأن النبي ﷺ أمر به عند وجدانها ، والأمر يقتضي الفور . ولأن الغرض وصول الخبر وظهور أمرها ، وإنما يحصل بذلك ، لأن صاحبها إنما يطلبها عقيب ضياعها ويكون التعريف في مجامع الناس ، كالأسواق وأبواب المساجد ، وأوقات الصلوات ، لأن المقصود إشاعة أمرها ، وهذا طريقه ، ويكثر منه في موضع وجدانها ، وفي الوقت الذى يلي التقاطها ، ولا يعرفها في المسجد ، لقول رسول الله ﷺ «من سمع رجلاً ينشد ضالة في المسجد فليقل لا ردها الله تعالى عليك فإن المساجد لم تبن لهذا » ويقول: من ضاع منه كذا، يذكر جنسها ، أو يقول: شيء ولا يزيد في صفتها ، لئلا يفوت طريق معرفة صاحبها . وأجرة المعرف على الملتقط ، لأن التعريف عليه ، ولأنه سبب تملكها، فكان على متملكها ، قال أبو الخطاب : إن التقطها للحفظ لصاحبها لاغير ، فالأجرة على مالكها يرجع بها عليه . وقاله ابن عقيل فيما لا يملك بالتعريف .

فصل

فإذا جاء مدعيها، فوصفها بصفاتها المذكورة، لزم دفعها إليه لأمر النبي ﷺ به، ولأنها لو لم تدفع بالصفة لتعذر وصول صاحبها إليها، لتعذر إقامة البينة فإن وصفها اثنان ،أقرع بينهما، فمن قرع صاحبه، حلف وسلمت إليه، كما لو ادعى الوديعة اثنان. وقال أبو الخطاب : تقسم بينهما ، وإن وصفها أحدهما وللآخر بينة، قدم ذو البينة، لأنها أقوى من الوصف ، فإن كان الواصف سبق فأخذها ، نزعت منه وإن تلفت في يده، فلصاحبها تضمين من شاء منهما، لأن الواصف أخذ مال غيره بغير إذنه والملتقط دفعه إليه بغير إذن مالكه ويستقر الضمان على الواصف، لأن التلف في يده، فإن ضمن، لم يرجع على أحد. وإن ضمن الملتقط رجع عليه ، إلا أن يكون الملتقط دفعها بحكم حاكم فلا يضمن، لأنها تؤخذ منه قهراً. وان أتلفها الملتقط، فغرمه الواصف عوضها، ثم جاء صاحب البينة، لم يرجع إلا على الملتقط، لأن الواصف إنما أخذ مال الملتقط ولم يأخذ اللقطة، ثم يرجع الملتقط على الواصف .

فصل

فإن لم تعرف، دخلت في ملك الملتقط عند الحول حكما ، كالميراث، لقول النبي ﷺ في حديث زيد «وإن لم تعرف فاستنفقها» وفي لفظ «وإلا فهي كسبيل مالك» ولأنه كسب مال بفعل، فلم يعتبر فيه اختيار التمليك، كالصيد. واختار أبو

الخطاب : أنه لا يملكها إلا باختياره ، لأنه تملك مال ببدل فاعتبر فيه اختيار التملك، كالبيع. والغني والفقير سواء في هذا، لأن النبي ﷺ لم يفرق، ولأنه تملك مال بعوض، أشبه البيع.

فصل

وما جاز التقاطه ووجب تعريفه: ملك به، نص عليه أحمد رضي الله عنه في الصياد يقع في شبكته الكيس والنحاس يعرفه سنة، فإن جاء صاحبه، وإلا فهو كسائر ماله. وهذا ظاهر كلام الخرقي. وقال أكثر أصحابنا: لا يملك غير الأثمان، لأن الخبر ورد فيها، ومثلها لا يقوم مقامها من كل وجه، لعدم تعلق الغرض بعينها فلا يقاس عليها غيرها. وقال أبو بكر: ويعرفها أبدا وقال القاضي: هو مخير بين ذلك وبين دفعها إلى الحاكم. وقال الخلال: كل من روى عن أبي عبد الله أنه يعرفها سنة، ثم يتصدق بها، والذي نقل عنه أنه يعرفها أبدا، قول قديم رجع عنه. والأول أولى، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: أتى رجل رسول الله ﷺ فقال: يارسول الله كيف ترى في متاع يوجد في الطريق الميتاء، أو في قرية مسكونة؟ «قال: عرفه سنة فإن جاء صاحبه وإلا فشأنك به» رواه الأثرم. وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه في عيبة - والعيبة: هي وعاء من أدم توضع فيه الثياب - : عرفها سنة. فإن عرفت وإلا، فهي لك. أمرنا بذلك رسول الله ﷺ، ولأنه مال يجوز التقاطه ويجب تعريفه فملك به، كالأثمان. وقد دل الخبر على جواز أخذ الغنم مع تعلق الغرض بعينها فيقاس عليها غيرها.

فصل

ولقطة الحرم تملك بالتعريف في ظاهر كلامه ، لظاهر الخبر ، ولأنه أحد الحرمين أشبه المدينة ، وعنه : لا تملك بحال ، ويجب تعريفها أبداً أو يدفعها إلى الحاكم ، لقول النبي ﷺ في مكة : « لا تحل ساقطتها إلا لمنشد » متفق عليه .

فصل

واللقطة مع الملتقط قبل تملكها أمانة، عليه حفظها بما يحفظ به الوديعة ، وإن ردها إلى موضعها، ضمنها ، لأنه ضيعها ، وإن تلفت بغير تفريط ،لم يضمنها، لقول رسول الله ﷺ « ولتكن وديعة عندك » ولأنه يحفظها لصاحبها بإذن الشرع ، أشبه الوديعة . وان جاء صاحبها ، أخذها بزيادتها المتصلة والمنفصلة ، لأنها ملكه . وان جاء بعد تملكها ، أخذها ، لقول النبي ﷺ « فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها إليه » ويأخذها بزيادتها المتصلة ، لأنها تتبع في الفسوخ ، وزيادتها المنفصلة بعد تملكها لملتقطها ، لأنها حدثت على ملكه ، فأشبه نماء المبيع في يد المشتري ، فإن تلفت بعد تملكها، ضمنها ، لأنها تلفت من ماله ، وإن نقصت بعد التملك ، فعليه أرش نقصها ، وإن باعها أو وهبها بعد تملكها ، صح ، لأنه تصرف صادف ملكه ، فإن جاء صاحبها في مدة الخيار ، وجب فسخ البيع وردها إليه ، لأنه يستحق العين ، وقد أمكن ردها اليه. وان جاء بعد لزوم البيع ، فهو كتلفها ، لأنه تعذر ردها .

فصل

الضرب الثاني : الضوالّ وهي الحيوانات الضائعة،وهي نوعان.أحدهما : ما يمتنع من صغار السباع إما بقوته ،كالإبل والخيل ، أو بجناحه كالطير ، أو بسرعته ،كالظباء ، أو بنابه كالفهد ، فلا يجوز التقاطه ، لما روى زيد بن خالد أن رسول الله ﷺ سئل عن ضالة الإبل فقال « مالك ولها دعها فإن معها حذاءها وسقاءها ، ترد الماء ، وتأكل الشجر حتى يجدها ربها » متفق عليه . وللامام أخذها، ليحفظها لأربابها ، لأن للإمام ولاية في حفظ أموال المسلمين ، ولهذا كان لعمر حظيرة يحفظ فيها الضوال ، فإذا أخذها ، وكان له حمى ترعى فيه، تركها ، وأشهد عليها ، ووسمها بسمة الضوال ، وإن لم يكن له حمى،خلاها وحفظ صفاتها ، ثم باعها ، وحفظ ثمنها لصاحبها ، لأنها تحتاج إلى علف ، فربما استغرق ثمنها ، وإن أخذها غير الإمام أو نائبه ، ضمنها ولم يملكها ، وإن عرفها، فإن دفعها إلى الامام ، زال عنه الضمان ، لأنه دفعها إلى من له الولاية عليها ، أشبه دفعها إلى صاحبها ، وإن ردها الى موضعها ، لم يبرأ ، لأن ما لزمه ضمانه ، لا يبرأ منه إلا برده الى صاحبه أو نائبه كالمسروق .

فصل

النوع الثاني : ما لا ينحفظ عن صغار السباع ، كالشاة وصغار الإبل والبقر ونحوها ، فعن أحمد رضي الله عنه : لا يجوز التقاطها ، لأنه روي عن

النبي ﷺ « لا يؤوي الضالة إلا ضال » رواه أبو داود . ولأنه حيوان أشبه الإبل . والمذهب جواز التقاطها ، لما روى زيد بن خالد أن النبي ﷺ سئل عن الشاة ، فقال : « خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب » . متفق عليه . وهذا يخص عموم الحديث الآخر ، ولأنه يخشى عليها التلف ، أشبه غير الضالة ، وسواء وجدها في المصر أو في مهلكة ، لأن الحديث عام فيهما ، ولأنه مال يجوز التقاطه ، فاستويا فيه ، كالأثمان ، والعبد الصغير ، كالشاة في جواز التقاطه ، لأنه لا ينحفظ بنفسه ، فأما الحمر فألحقها أصحابنا بالنوع الأول ، لأن لها قوة ، فأشبهت البقر ، وظاهر حديث زيد إلحاقها بالغنم ، لأنه علل أخذ الشاه بخشية الذئب عليها ، والحمر مثلها في ذلك ، وعلل المنع من الإبل بقوتها على ورود الماء ، وصبرها بقوله « معها سقاءها » والحمر بخلافها . ومتى التقط هذا النوع خير بين أكله في الحال ، وحفظه لصاحبه وبيعه ، وحفظ ثمنه ، لقول النبي ﷺ « هي لك » ولم يأمره بحفظها ، ولأن إبقاءها يحتاج إلى غرامة ، ونفقة دائمة فيستغرق قيمتها ، فإن اختار إبقاءها وحفظها لصاحبها ، فهو الأولى ، وينفق عليها ، لأن به بقاءها ، فإن لم يفعل ضمنها ، لأنه فرط فيها . وإن أنفق عليها متبرعاً ، لم يرجع على صاحبها ، وإن نوى الرجوع على صاحبها ، وأشهد على ذلك ، ففي الرجوع به روايتان ، بناء على الوديعة . وان اختار أكلها أو بيعها ، لزمه حفظ صفتها ، ثم يعرفها عاماً ، فإذا جاء صاحبها ، دفع إليه ثمنها ، أو غرمه له إن

أكلها ، ولا يلزمه عزل ثمنها إذا أكلها ، لأنه لا يخرج من ذمته بعزله ، فلم يلزمه كسائر ما يلزمه ضمانه ، وإن أراد بيعها، فله أن يتولى ذلك بنفسه ، لأن ما ملك أكله ، فبيعه أولى. فإذا عرفها حولاً ، ولم تعرف ، ملكها إن كانت باقية ، أو ثمنها إن باعها ، لأن حديث زيد يدل على ملكه لها ، لأنه أضافها إليه بلام التمليك ، ولأنه مال يجوز التقاطه ، فيملك بالتعريف ، كالأثمان . وعنه : لا يملكها ، والمذهب الأول .

فصل

فإن التقط ما لا يبقى عاماً ، كالبطيخ والطبيخ ، لم يجز تركه ليتلف ، فإن فعل، ضمنه ، لأنه فرط في حفظه، فإن كان مما لا يبقى بالتجفيف، كالبطيخ خير بين بيعه وأكله ، وإن كان يبقى بالتجفيف ، كالعنب والرطب ، فعل ما فيه الحظ لصاحبه من بيعه وأكله وتجفيفه ، فإن احتاج في التجفيف الى غرامة ، باع بعضه فيها ، وإن أنفقها من عنده ، رجع بها ، لأن النفقة هاهنا لا تتكرر بخلاف نفقة الحيوان ، فإنها تتكرر، فربما استغرقت قيمته ، فلا يكون لصاحبها حظاً في إمساكها إلا بإسقاط النفقة عنه . وإن أراد بيعها ، فله البيع بنفسه لما ذكرنا في الضوال . وعنه : له بيع اليسير ، وأما الكثير ، فإنه يرفعه الى السلطان ، والقول في تعريفه ، وسائر أحكامه، كالقول في الشاة .

فصل

قال أحمد رضي الله عنه : من اشترى سمكة ، فوجد في بطنها درة ، فهي للصياد ، وان وجد دراهم ، فهي لقطة ، لأنها لا تبتلع الدراهم إلا بعد ثبوت اليد عليها ، وقد تبتلع درة من البحر مباحة ، فيملكها الصياد بما فيها ، فإن باعها ولم يعلم بالدرة ؛ لم يزل ملكه عن الدرة ، كما لو باع داراً له فيها مال لم يعلم به .

فصل

فإن وجد اللقطة اثنان ، فهي بينهما ، لأنهما اشتركا في السبب ، فاشتركا في الحكم ، وإن ضاعت من واجدها ، فوجدها آخر ردها على الاول ، لانه قد ثبت له الحق فيها، فوجب ردهاإليه ، كالملك . وإن رآها اثنان، فرفعهاأحدهما فهي له ، لقول النبي ﷺ «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم، فهو له» وان رآها أحدهما فقال للآخر : ارفعها ففعل ، فهي لرافعها ، لانه مما لا يصح التوكيل فيه .

فصل

فإن التقطها صبي أو مجنون أو سفيه ، صح التقاطه ، لأنه كسب بفعل، فصح منه كالصيد ، فإن تلفت في يده بغير تفريط ، لم يضمنها ، لأنه اخذ ماله اخذه ، وإن تلفت بتفريط ضمنها ، ومتى علم وليه بها ، لزمه نزعها منه

وتعريفها، لأنها أمانة، والمحجور عليه ليس من أهلها، فإذا تم تعريفها، دخلت في ملك واجدها حكماً ، كالميراث .

فصل

ويصح التقاط العبد بغير إذن سيده ، لعموم الخبر ، ولما ذكرنا في الصبي ويصح تعريفه لها ، لأن له قولاً صحيحاً ، فصح تعريفه كالحر ، فإذا تم تعريفها ملكها سيده ، لانها كسب عبده ، ولسيده انتزاعها منه قبل تعريفها ، لان كسب عبده له ، ويتولى تعريفها ، أو اتمامه، وله اقرارها في يد عبده الأمين ، ويكون مستعيناً به في حفظها وتعريفها ، ولا يجوز إقرارها في يد من ليس بأمين ، لانها أمانة ، وان فعل ، فعليه الضمان ، وان علم العبد أن سيده غير مأمون عليها ، لزمه سترها عنه ، وتسليمها الى الحاكم ليعرفها ، ثم يدفعها الى سيده بشرط الضمان . وان أتلفها العبد ، فحكم ذلك حكم جنايته ، وان أعتق العبد بعد الالتقاط ، فلسيده أخذها ، لأنها كسبه .

فصل

والمكاتب كالحر ، لأن كسبه لنفسه ، والمدبر وأم الولد كالقن ، ومن نصفه حر فلقطته بينه وبين سيده ككسبه ، فإن كانت بينهما مهايأه ، لم تدخل في المهايأة في أحد الوجهين ، لأنها من الأكساب النادرة ، فأشبهت الميراث ، والآخر تدخل ، لأنها من كسبه فهي كصيد ، وفي الهدية والوصية وسائر الأكساب النادرة . وجهان كاللقطة ،

فصل

والذمي كالمسلم للخبر ، ولأنه كسب يصح من الصبي ، فصح من الذمي كالصيد ، والفاسق كالعدل لذلك ، لكن إن أعلم الحاكم بهما، ضم إليه أميناً يحفظها ، ويتولى تعريفها ، لأنها أمانة فلا يؤمن خيانته فيها ، فإذا عرفها ، ملكها ملتقطها .

فصل

ومن التقط لقطة لغير التعريف ، ضمنها ولم يملكها ، وإن عرفها ، لأنه أخذها على وجه يحرم عليه ، فلم يملكها كالغاصب ، ومن ترك التعريف في الحول الأول ، لم يملكها وإن عرفها بعد ، لأن السبب الذي يملكها به قدفات ولم يبرأ منها إلا بتسليمها إلى الحاكم .

فصل

ومن ترك دابة بمهلكة ، فأخذها إنسان ، فخلصها ، ملكها ، لما روى الشعبي قال : حدثني غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ أن رسول الله ﷺ قال : « ومن وجد دابة عجز عنها أهله فسيبوها ، فأخذها فأحياها فهي له » ولأن فيه إنقاذاً للحيوان من الهلاك ، مع نبذ صاحبه له ، فأشبه السنبل الساقط . فإن كان مكانها عبداً ، لم يملكه ، لأنه في العادة يمكنه التخلص ، وإن كان متاعاً ، لم يملكه ، لأنه لا حرمة له في نفسه .

بـابُ اللقيـط

وهو الطفل المنبوذ ، والتقاطه فرض على الكفاية ، لأنه إنجاء آدمي من الهلاك فوجب ، كتخليص الغريق . وهو محكوم بحريته ، لما روى سنين أبو جميله قال : وجدت ملقوطاً فأتيت به عمر رضي الله عنه فقال : اذهب فهو حر ، ولك ولاؤه ، وعلينا نفقته . رواه سعيد في «سننه» . ولأن الأصل في الآدميين الحرية ، ويحكم بإسلامه في دار الإسلام إذا كان فيها مسلم ، لأنه اجتمع الدار واسلام من فيها . وإن وجد في بلد فيه كفار ، ولا مسلم فيه ، فهو كافر ، لأن الظاهر أنه ولد كافرين ، وإن وجد في بلد الكفار ، وفيه مسلمون ، ففيه وجهان. أحدهما : هو كافر ، لأنه في دارهم . والثاني : هو مسلم تغليباً لإسلام المسلم الذي فيه .

فصل

وما يوجد عليه من ثياب أو حلي ، أو تحته من فراش أو سرير أو غيره ، أو في يده من نفقة أو عنان دابة ، أو مشدوداً في ثيابه ، أو ببعض بدنه ، أو مجعولاً فيه ، كدار وخيمة ، فهو له ، لأنه آدمي حر فما في يده له ، كالبالغ . وإن كان مطروحاً بعيداً منه ، أو قريباً مربوطاً بغيره ، لم يكن له ، لأنه لا يد له عليه وكذلك المدفون تحته ، لأن البالغ لو جلس على دفين ، لم يكن له . وقال ابن

عقيل: وإن كان الحفر طرياً ، فهو له ، لأن الظاهر أنه حفر النابذ له ، وإن وجد بقربه مال موضوع ، ففيه وجهان . أحدهما : هو له إن لم يكن هناك غيره ، ولأن الإنسان يترك ماله بقربه . والثاني : ليس هو له ، لأنه لا يد له عليه .

فصل

وينفق عليه من ماله ، لأنه حر فينفق عليه من ماله كالبالغ . ويجوز للولي الإنفاق عليه من غير إذن الحاكم ، لأنه ولي فملك ذلك ، كولي اليتيم . ويستحب استئذانه ، لأنه أنفى للتهمة ، وإن بلغ واختلفا في النفقة، فالقول قول المنفق . وإن لم يكن له مال ، فنفقته في بيت المال ، لقول عمر رضي الله عنه وعلينا نفقته ، ولأنه آدمي حر له حرمة ، فوجب على السلطان القيام به عند حاجته كالفقير . وليس على الملتقط نفقته ، لحديث عمر ، ولأنه لا نسب بينهما ولا ملك فأشبه الأجنبي . وإن تعذر الإنفاق عليه من بيت المال ، فعلى من علم حاله الإنفاق عليه فرض كفاية ، لأن به بقاءه فوجب ، كإنقاذ الغريق . فإن اقترض الحاكم ما أنفق عليه ، ثم بان رقيقاً ، أو له أب موسر ، رجع عليه ، لأنه أدى الواجب عنه ، فإن لم يظهر له أحد ، وفى من بيت المال .

فصل

فإن كان الملتقط أميناً حراً مسلماً ، أقر في يده ، كحديث عمر رضي الله

عنه،ولأنه لا بد له من كافل.والملتقط أحق للسبق. وفي الإشهاد عليه وجهان. أحدهما : لا يجب ، كما لا يجب في اللقطة . والثاني : يجب ، لأن القصد بهحفظ النسب والحرية ، فوجب ،كالإشهاد في النكاح . وإن التقطه فاسق ، نزع منه ، لأنه ليس في حفظه إلا الولاية ، ولا ولاية لفاسق . قال القاضي : هذا المذهب وظاهر قول الخرقي ، أنه يقر في يده ، لقوله:إن لم يكن من وجد اللقيط أميناً منع من السفر به . فعلى هـذا يضم إليه أمين يشارفه ، ويشهد عليه ، ويشيع أمره ، لينحفظ بذلك . وليس لكافر التقاط محكوم بإسلامه ، لأنه لا ولاية لكافر على مسلم ، فإن التقطه ، نزع منه ، وله التقاط المحكوم بكفره ، ويقر في يده ، لثبوت ولايته عليه . وليس للعبد الالتقاط إلا بإذن سيده ، فتكون الولاية للسيد ، والعبد نائب عنه .

فصل

فإن أراد الملتقط السفر به وهو ممن لم تختبر أمانته في الباطن ، نزع منه ، لأنه لا يؤمن أن يدعي رقه . وإن علمت أمانته باطناً فأراد نقله من الحضر إلى البدو ، منع منه ، لأنه ينقله إلى العيش في الشقاء ومواضع الجفاء . وإن أراد النقلة إلى بلد آخر يقيم فيه ، ففيه وجهان . أحدهما : يقر في يده لأنهما سواء فيما ذكرنا . والثاني : يمنع ، لأن بقاءه في بلده أرجى لظهور نسبه . وإن كان اللقيط في بدو ، فله نقله إلى الحضر ، لأنه أرفق به ، وله

الإقامة به في البدو . وفي حلة لا تنتقل عن مكانها ، لأن الحلة كالقرية . وإن كان منتقلاً، ففيه وجهان . أحدهما : يقر في يده ، لأنه أرجى لكشف نسبه . والثاني : ينزع منه ، لأنه يشقى بالتنقل .

فصل

فإن التقطه موسر ومعسر ، قدم الموسر ، لأنه أحظ للطفل ، فإن تساويا وتشاحا ، أقرع بينهما ، لقول الله تعالى (وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) آل عمران : ٤٤ ، ولأنها تساويا في الحق ، فأقرع بينهما ، كالعبدين في العتق . وإن ترك أحدهما نصيبه ، كفله الآخر . والرجل والمرأة في هذا سواء ، لأن المرأة أجنبية ، والرجل يحضنه بأجنبية ، فهما سواء .

فصل

فإن اختلفا في الملتقط وهو في يد أحدهما ، فالقول قوله . وهل يستحلف ؟ فيه وجهان . وإن كان في يديهما ، قدم أحدهما بالقرعة . وهل يستحلف ؟ على وجهين . وإن لم يكن في يد واحد منهما ، سلمه السلطان إلى من يرى منهما، أو من غيرهما ، لأنه لا يد لأحدهما . وإن كان لأحدهما بينة ، قضى بها، لأنها أقوى، فإن كانت لكل واحد منهما بينة، قدم أسبقهما تاريخاً ،لأنه يثبت بها السبق إلى الالتقاط . وإن تساويا وهو في يد أحدهما انبنى على بينة الداخل والخارج ، وإن تساويا في اليد أو عدمها ، سقطتا وأقرع بينهما فقدم بها أحدهما .

فصل

وإن ادعى نسبه رجل ، لحق به ، لأنه أقر له بحق لاضرر فيه على أحد فقبل ، كما لو أقر له بمال ، ويأخذه من الملتقط إن كان من أهل الكفالة ، لأن الوالد أحق بكفالة ولده. وإن كان كافراً ، لم يتبعه في الدين ، لأنه محكوم بإسلامه بالدار ، فلا يزول ذلك بدعوى كافر ، ولا يدفع إليه ، لأنه لا ولاية لكافر على مسلم . ويثبت نسبه منه ، لأن الكافر كالمسلم في ثبوت النسب منه . ولا ضرر على أحد في انتسابه اليه ، وإن كانت له بينة بولادته على فراشه ، ألحق به نسباً وديناً ، لأنه ثبت أنه ابنه ببينة ، ذكره بعض أصحابنا . وقياس المذهب أنه لا يلحقه في الدين إلا أن تقوم البينة أنه ولد كافرين حيين ، لأن الطفل يحكم بإسلامه بإسلام أحد أبويه ، أو موته . وإن ادعت امرأة نسبه ، ففيها ثلاث روايات . إحداهن : يقبل قولها ، لأنها أحد الأبوين فثبت النسب بدعواها كالاب ، ويلحق بها دون زوجها ، الثانية : إن كان لها زوج ، لم تقبل دعواها ، لأنه يؤدي إلى أن تلحق زوجها نسب من لم يقر به . وان لم يكن ، قبل ، لعدم ذلك . الثالثة : إن كان لها إخوة ونسب معروف ، لم تقبل دعواها لأن ولادتها لا تخفى عليهم وان لم يكن قبلت . والامة كالحرة ، الا أننا اذا ألحقنا النسب بها ، لم يثبت رق ولدها ، لانه محكوم بحريته ، فلا يثبت رقه بمجرد الدعوى ، كما لم يثبت كفره .

فصل

فإن ادعى نسبه رجلان ، ولأحدهما بينة ، فهو ولده ، لأن له حجة . فإن كان لهما بينتان ، أو لا بينة لهما ، عرض على القافه معهما ، أو مع عصبتهما عند فقدهما . فإن الحقته بأحدهما ، الحق به ، لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ دخل مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال« ألم تري أن مجززاً المدلجي نظر آنفاً إلى زيد وأسامة ، وقد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض » متفق عليه . فلولا أن ذلك حق ، لما سر به النبي عليه السلام . وإن ألحقته بهما ، لحقهما ، لما روى سليمان بن يسار : عن عمر في امرأة وطئها رجلان في طهر، فقال القائف : قد اشتركا فيه ، فجعله عمر بينهما . رواه سعيد . وعن علي مثله . قال أحمد : ويرثهما ويرثانه ، ونسبه من الأول قائم لا يزيله شيء،قال : ويلحق بثلاثة ، وينبغي أن يلحق بمن ألحقته منهم وإن كثروا ، لأن المعنى في الاثنين موجود فيما زاد فيقاس عليه . وقال القاضي : لا يلحق بأكثر من ثلاثة . وقال ابن حامد : لا يلحق بأكثر من اثنين ، لأننا صرنا إلى ذلك ، للأثر فيجب أن تقتصر عليه . فإن لم توجد قافة ، أو أشكل عليهم ، أو نفته عنهما ، أو تعارضت أقوالهم ، فقال أبو بكر ، يضيع نسبه لأنه لا دليل لأحدهما . فأشبه من لم يدع نسبه أحد . وقال ابن حامد : يترك حتى يبلغ ، ويؤاخذان بنفقته ، لأن كل واحد منهما مقربه ، فإذا بلغ أمرناه أن

ينتسب إلى من يميل طبعه إليه ، لأن ذلك يروى عن عمر رضي الله عنه ، ولأن الطبع يميل إلى الوالد مالا يميـــل إلى غيره . فإذا تعذرت القافة ، رجعنا إلى اختياره . ولا يصح انتسابه قبل بلوغه ، لأنه قول يتعين به النسب ، وتلزم به الأحكام ، فلا يقبل من الصبي ، كقول القائف . وسواء كان المدعيان مسلمين حرين ، أو كافرين رقيقين ، أو مسلماً وكافراً ،وحراً وعبداً ،لأن كل واحد منهم لو انفرد صحت دعواه . فإن ادعاه امرأتان ، وقلنا بصحة دعواهما ، فهما كالرجلين ، إلا أنه لا يلحق بأكثر من واحدة ، لأنه يستحيل ولد من امرأتين. وإن كانت إحداهما تسمع دعواها دون الأخرى، فهي كالمنفردة به . وإن ألحقته القافة بكافر أو أمة ، لم يحكم برقه ، ولا كفره ، لأنه ثبت إسلامه وحـــريته بظاهر الدار ، فلا يزول ذلك بظن ولا شبهة ، كما لم تزل بمجرد الدعوى .

فصل

فإن كان لامرأتين ابن وبنت، فادعت كل واحدة أنها أم الابن ، احتمل أن يعرض معهما على القافة ، واحتمل أن يعرض لبنهما على أهل الخبرة ، فمن كان لبنها لبن ابن ، فهو ابنهـــا . وقد قيل : إن لبن الابن ثقيل ، ولبن البنت خفيف ، فيعتبر ذلك .

فصل

والقافة : قوم من العرب عرفت منهم الإصابة في معرفة الأنساب ، واشتهر ذلك في بني مدلج رهط مجزز ، وسراقة بن مالك بن جعشم . ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون ذكراً عدلاً مجرباً في الإصابة ، لأن ذلك يجري مجرى الحكم، فاعتبر ذلك فيه . قال القاضي : يترك الغلام مع عشرة غير مدعيه ، ويرى القائف ، فإن ألحقه بأحدهم ، سقط قوله ، وإن نفاه عنهم ، جعلناه مع عشرين فيهم مدعيه . فان ألحقه بمدعيه ، علمت إصابته . وهل يكتفى بواحد؟ فيه وجهان . أحدهما : يكتفى به ، لأن النبي ﷺ سر بقول مجزز وحده ، لأنه بمنزلة الحاكم يجتهد ويحكم ، كما يجتهد الحاكم ويحكم . والثاني : لا يقبل إلا اثنان ، لأنه حكم بالشبه والخلقة ، فلا يقبل من واحد ، كالحكم بالمثل في جزاء الصيد .

فصل

فإن ادعى رجل رقه، لم يقبل ، لأن الأصل الحرية، فإن شهدت له بينة بالملك ، قبلت ، وإن لم يذكر السبب ، كما لو شهدت له بملك مال . وإن شهدت باليد للملتقط ، لم يحكم له بالملك ، لأن سبب يده قد علم . وإن شهدت بها لغيره ، ثبتت . والقول قوله في الملك مع يمينه ، كما لو كان في يده مال فحلف عليه .

فصل

ومن حكمنا بإسلامه لإسلام أحد أبويه ، أو موته ، أو إسلام سابيه ، فحكمه حكم سائر المسلمين في حياته وموته ، ووجوب القود على قاتله قبل البلوغ ، أو بعده . فإن كفر بعد بلوغه ، فهو مرتد يستتاب ثلاثاً ، فإن تاب وإلا قتل ، لأنه محكوم بإسلامه يقيناً ، فأشبه غيره من المسلمين . ومن حكمنا بإسلامه للدار وهو اللقيط ، فكذلك ، لأنه محكوم بإسلامه ظاهراً ، فهو كالثابت يقينا ، وذكر القاضي وجهاً آخر : أنه يقر على كفره ، لأنه لم يثبت إسلامه يقيناً .

فصل

فإن بلغ اللقيط فقذفه إنسان ، أو جنى عليه ، أو ادعى رقه ، فكذبه اللقيط ، فالقول قول اللقيط ، لأنه حر في الحكم . ويحتمل أن يقبل قول المدعي في درء حد القذف خاصة ، لأنه مما يدرأ بالشبهات ، بخلاف القصاص .

فصل

وإن بلغ فتصرف، ثم ثبت رقه ، فحكم تصرفه حكم تصرف العبيد، لأنه ثبت أنه مملوك . وإن أقر بالرق على نفسه بعد أن كان أقر بالحرية ، لم يقبل إقراره بالرق ، لأنه قد لزمه بالحرية أحكام من العبادات والمعاملات ، فلم

يملك إسقاطها . وإن لم يتقدم منه إقرار بالحرية وكذبه المقر له ، بطل إقراره ، لأنه لا يثبت رقه لمن لا يدعيه . فإن أقر بعده لغيره ، قبل ، كما لو أقر له بمال ، ويحتمل أن لا يقبل ، لأن في إقراره الأول اعترافاً بأنه ليس لغيره ، فلم يقبل رجوعه عنه ، كما لا يقبل رجوعه عن الحرية . وإن صدقه الأول، ففيه وجهان. أحدهما : لا يقبل ، لأنه محكوم بحريته ، فلا يقبل إقراره بما يبطلها ، كما لو أقر بها . والثاني : يقبل ، لأنه مجهول الحال أقر بالرق فقبل ، كما لو قدم رجلان من دار الحرب، فأقر أحدهما لصاحبه بالرق ، فعلى هذا يحتمل أن يقبل إقراره في جميع أحكامه ، لأنه معنى يثبت الرق،فأثبته في جميع أحكامه ، كالبينة.ويحتمل أن يقبل فيما عليه دون ماله ، لأنه أقر بما يوجب حقاً له ، وعليه ، فيثبت ما عليه دون ماله . كما لو قال : لفلان علي ألف على رهن لي عنده ، فإن قلنا بالأول وكان قد نكح ، فهو فاسد ، حكمه حكم ما لو تزوج العبد أو الأمة بغير إذن سيده . وإن تصرف بغير النكاح ، فسدت عقوده كلها ، فترد الأعيان إلى أربابها إن كانت باقية ، وإن كانت تالفة ، ثبتت قيمتها في ذمته ، لأنها تلفت برضى أصحابها . وإن قلنا: لا يقبل فيما له وهي أمة ، فنكاحها صحيح ، ولا مهر لها إن كان قبل الدخول ، وإن كان بعده ، فلها الأقل من المسمى ، أو مهر المثل ، ولزوجها الخيار بين المقام معها على أنها أمة ، أو فراقها ، لأنه قد ثبت كونها أمة في المستقبل . وإن كان المقر ذكراً ، فسد نكاحه ، لإقراره أنه عبد ،

نكح بغير إذن سيده ، وحكمه حكم الحر في وجوب المسمى ، أو نصفه إن كان قبل الدخول . ولا تبطل عقوده ، وما عليه من الحقوق ، والأثمان، يؤدى مما في يده ، وما فضل ففي ذمته ، وما فضل معه ، فلسيده . وإن جنى جناية توجب القصاص ، اقتص منه ، حراً كان المجني عليه أو عبداً . وإن كانت خطأ تعلق أرشها برقبته، لأنه عبد، وإن جنى عليه حر، فلا قود لأنه عبد.

باب الوديعة

قبول الوديعة مستحب لمن علم من نفسه الأمانة ، لما فيه من قضاء حاجة أخيه ومعونته ، وقد أمر الله تعالى ورسوله بهما . وان كان عاجزاً عن حفظها، أو خائفاً من نفسه عليها ، لم يجز له قبولها ، لأنه يغرر بها إلا أن يخبر ربها بذلك فيرضاه ، فإن الحق له ، فيجوز بذله . ولا يجوز قبولها إلا من جائز التصرف في المال ، فإن استودع من صبي غير مأذون له ، أو سفيه أو مجنون ، ضمن ، لأنه أخذ ماله من غير إذن شرعي فضمنه كما لو غصبه . ولا يبرأ الا بتسليمه الى وليه ، كما لو غصبه إياه . فان خاف أنه إن لم يأخذه منهما أتلفاه ، لم يضمنه إن أخذه ، لأنه قصد تخليصه من الهلاك فلم يضمنه ، كما لو وجده في سيل فأخرجه منه .

فصل

والوديعة أمانة إذا تلفت من غير تفريط ، لم يضمن المودع بالإجماع ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « ليس على المستودع ضمان » ، فإن تلفت من بين ماله ، ففيها روايتان . أظهرهما لا يضمن للخبر ، ولأنه أمين لم تظهر منه خيانة ، فلم يضمن، كما لو ذهب معها شيء من ماله. والأخرى : يضمن ، لأنه روي عن عمر رضي الله عنه أنه ضمن أنساً وديعة ، ذهبت من بين ماله .

فصل

فإن لم يعين له صاحبها الحرز ، لزمه حفظها في حرز مثلها ، فإن أخر إحرازها فتلفت ، ضمنها ، لتركه الحفظ من غير عذر . وإن تركها في دون من حرز مثلها ،ضمن ، لأن الإيداع يقتضي الحفظ . فإذا أطلق، حمل على المتعارف وهو حرز المثل . وإن أحرزها في حرز مثلها ، أو فوقه ، لم يضمن ، لأن من رضي بحرز مثلها رضي بما فوقه .

فصل

فإن عين له الحرز ، فقال أحرزها في هذا البيت ، فتركها فيما دونه ، ضمن ، لأنه لم يرضه . وإن تركها في مثله ، أو أحرز منه فقال القاضي : لا يضمن ، لأن من رضي شيئاً رضي مثله وفوقه . وظاهر كلام الخرقي : أنه

يضمن ، لأنه خالف أمره لغير حاجة ، فأشبه ما لو نهاه . فإن قال : احفظها في هذا البيت ولا تنقلها عنه ، فنقلها لغير حاجة ، ضمنها سواء نقلها إلى مثله ، أو أحرز منه ، لأنه خالف نص صاحبها . وإن خاف عليها نهباً أو هلاكاً فأخرجها ، لم يضمنها ، لأن النهي للاحتياط عليها ، والاحتياط في هذه الحال نقلها . فإن تركها فتلفت ضمنها ، لأنه فرط في تركها . ويحتمل أن لا يضمن ، لأنه امتثل أمر صاحبها . فإن قال : لا تخرجها ، وإن خفت عليها ، فأخرجها لخوفه عليها ، لم يضمن ، لأنه زاده خيراً ، وإن تركها فتلفت ، لم يضمن ، لأن نهيه مع خوف الهلاك إبراء من الضمان ، فأشبه ما لو أمره بإتلافها ، فأتلفها ، فإن أخرجها فتلفت،فادعى أنني أخرجتها خوفاً عليها ، فعليه البينة على ما ادعى وجوده في تلك الناحية ، لأنه مما لا يتعذر إقامة البينة عليه ، ثم القول قوله في خوفه عليها ، وفي التلف مع يمينه لتعذر إقامة البينة عليها ، فإن قال : لا تقفلن عليها قفلين ، ولا تنم فوقها فخالفه ، فالمذهب أنه لا يضمن ، لأنه زاد في الحرز ، فأشبه ما لو قال له : اتركها في صحن الدار فتركها في البيت . ويحتمل أن يضمن ، لأنه نبه اللص عليها وأغراه بها .

فصل

فإن أودع نفقة ، فربطها في كمه ، لم يضمن ، وإن تركها فيها بغير ربط ، وكانت خفيفة لا يشعر بسقوطها ، ضمن لتفريطه . وإن كانت ثقيلة يشعر بها

لم يضمن ، وإن تركها في جيبه ، أو شدها على عضده ، لم يضمنها ، لأن العادة جارية بالإحراز بها . وإن قال : اربطها في كمك ، فأمسكها في يده ، ضمن ، لأن اليد يسقط منها الشيء بالنسيان ويحتمل أن لا يضمن لأن اليد لا يتسلط عليها الطرار بالبط . وقال القاضي : اليد أحرز عند المغالبة ، والكم أحرز عند غيرها ، فان تركها في يده عند المغالبة ، فلا ضمان عليه ، لأنه زادها احتياطاً ، وإلا ضمنها لنقلها إلى أدنى مما أمره به ، وهذا صحيح. وإن قال : اجعلها في كمك ، فتركها في جيبه ، لم يضمن ، لأنه أحرز ، لأنه ربما نسي ، فسقطت من الكم ، وإن قال : اجعلها في جيبك ، فتركها في كمه ، ضمن . وإن قال : اتركها في بيتك ، فشدها في ثيابه ، واخرجها معه ، ضمن ، لأن البيت أحرز . وإن شدها على عضده مما يلي جنبه ، لم يضمن ، لأنه أحرز من البيت ، فإن شدها مما يلي الجانب الآخر ، ضمن، لأن البيت أحرز منه، ولأنه ربما يبطها الطرار . وإن قال : احفظها في البيت ، ودفعها إليه في غيره ، فمضى بها إليه في الحال ، لم يضمن ، وإن قعد وتوانى ، ضمنها ، لأنه توانى عن حفظها فيا أمر بـه مع الإمكان ، فان قال : احفظ هذا الخاتم في البنصر ، فجعله في الخنصر ، ضمن ، لأنها دون البنصر ، فالخاتم فيها أسرع الى الوقوع ، وإن جعله في الوسطى ، وامكن إدخاله في جميعها ، لم يضمن ، لأنها أغلظ ، فهي أحفظ ، وان انكسر أو بقي في رأسها ، ضمن لتعديه فيه ، وإن قال : لا تدخل أحداً

البيت الذي فيه الوديعة ، فخالفه فسرقت ، ضمن ، لأن الداخل ربما دل السارق عليها .

فصل

وإذا أراد المودع السفر ، أو عجز عن حفظها ، ردها إلى صاحبها أو وكيله ، ولم يجز دفعها إلى الحاكم ، لأنه لا ولاية للحاكم على حاضر ، فإن سافر بها في طريق مخوف ، أو إلى بلد مخوف ، أو نهاه المالك عن السفر بها ، ضمن ، لأنه مفرط أو مخالف ، وإن لم يكن كذلك ، لم يضمن ، لأنه نقلها إلى مأمون ، أشبه ما لو نقلها في البلد ، وإن لم يرد السفر بها ، ولم يوجد مالكها ، دفعها إلى الحاكم ، لأنه متبرع بالحفظ ، فلا يلزمه ذلك مع الدوام ، والحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته ، فإن دفعها إلى غيره مع قدرته عليه ، ضمنها ، لأنه كصاحبها عند غيبته ، وإن لم يجد حاكماً أودعها ثقة ، لأن النبي ﷺ لما أراد أن يهاجر أودع الودائع التي كانت عنده لأم أيمن ، ولأنه موضع حاجة . وعنه: يضمن ، قال القاضي : يعني إذا أودعها من غير حاجة ، فإن دفنها في الدار ، وأعلم بها ثقة يده على المكان ، فهو كإيداعها إياه ، وإن لم يعلم بها أحد ، فقد فرط ، لأنه لا يأمن الموت في سفره، وإن أعلم بها من لا يد له على المكان ، فكذلك، لأنه ما أودعها، وإن أعلم بها غير ثقة ضمنها ، لأنه عرضها للذهاب ، وإن حضره الموت ، فهو كسفره ، لأنه يعجز عن حفظها .

فصل

ولا يجوز أن يودع الوديعة عند غيره لغير حاجة ، لأن صاحبها لم يرض أمانة غيره ، فإن فعل ، فتلفت عند الثاني مع علمه بالحال ، فله تضمين أيهما شاء ، لأنهما متعديان ، ويستقر ضمانها على الثاني ، لأن التلف حصل عنده ، وقد دخل على أنه يضمن ، وإن لم يعلم بالحال ، فقال القاضي: يضمن أيهما شاء، ويستقر ضمانها على الأول ، لأن الثاني دخل على أنه أمين . وظاهر كلام أحمد أنه لا يملك تضمين الثاني لذلك . وإن دفعها إلى من جرت عادته بحفظ ماله ، كزوجته وأمته وخازنه ، لم يضمن ، لأنه حفظها بما يحفظ به ماله ، فأشبه حفظها بنفسه ، وإن استعان بغيره في حملها ، ووضعها في الحرز ، وسقي الدابة وعلفها ، لم يضمن لأن العادة جارية بذلك ، أشبه فعله بنفسه .

فصل

وإن خلطها بما لا تتميز منه ، ضمنها ، لأنه لا يمكنه رد أعيانها ، وإن خلطها بماتتميز منه ، كصحاح بمكسرة ، وسود ببيض ، لم يضمن ، لأنها تتميز من ماله ، أشبه ما لو تركها مع أكياس له في صندوقه ، وعنه فيمن خلط بيضاً بسود: يضمن،وهذا محمول على أن السود تؤثر في البيض ، فيضمنها لذلك ، وخرج أبو الخطاب من هذه الرواية : أنه يضمنها إذا خلطها مع التمييز. وإن أودعه دارهم في كيس مشدود ، فحله أو خرق ما تحت الشد ، أو كسر الختم

ضمن مافيه ، لأنه هتك الحرز لغير عذر ، فإن كانت في غير وعاء ، فأخذ منها درهماً ، ضمنه وحده ، لأنه تعدى فيه وحده ، فإن رده إليها ، لم يزل ضمانه ، لأنه ثبت بتعديه فيه ، فلم يزل إلا برده إلى مالكه ، وإن رد بدله ، وكان متميزاً لم يضمن غيره لذلك ، وإن لم يتميز ، ضمن الكل لخلطه الوديعة بما لا يتميز ، وظاهر كلام الخرقي أنه لا يضمن غيره ، لأنه لا يعجز عن ردها ، ورد مايلزمه رده معها . ومن لزمه الضمان بتعديه ، فترك التعدي، لم يبرأ من ضمانها ، لأن الضمان تعلق بذمته ، فلم يبرأ بترك التعدي ، كما لو غصب شيئاً من دار ، ثم رده إليها ، وإن ردها إلى صاحبها ، ثم ردها صاحبها إليه ، برىء ، لأن هذا وديعة ثانية . وإن أبرأه من الضمان ، برىء ، لأن الضمان حقه ، فبرىء منه بإبرائه كدينه .

فصل

فإن أودع بهيمة، فلم يعلفها ، ولم يسقها حتى ماتت ، ضمنها ، لأن في ذلك هلاكها ، فأشبه ما لو لم يحرزها ، وإن نهاه المالك عنه ، فتركه ، أثم لحرمة الحيوان ، ولم يضمن ، لأن مالكها أذن في إتلافها ، فأشبه ما لو أمره بقتلها ، والحكم في النفقة والرجوع كالحكم في نفقة البهائم المرهونة ، لأنها أمانة مثلها .

فصل

وإذا أخرج الوديعة من حرزها لمصلحتها، كإخراج الثياب للنشر، والدابة للسقي والعلف على ماجرت به العادة، لم يضمن ، لأن الإذن المطلق يحمل على الحفظ المعتاد، وإن نوى جحد الوديعة ، أو إمساكها لنفسه ، أو التعدي فيها ، ولم يفعل ، لم يضمن ، لأن النية المجردة معفو عنها ، لقول النبي ﷺ « عفي لأمتي عن ما حدثت به أنفسها مالم تكلم به أو تعمل به » وإن أخرجها لينتفع بها ضمنها، لأنه تصرف فيها بما ينافي مقتضاها فضمنها، كما لو أحرزها في غير حرزها، وإن أخذت منه قهراً ، لم يضمن ، لأنه غير مفرط ، أشبه مالو تلفت بفعل الله تعالى . وإن أكره حتى سلمها ، لم يضمن ، لأنه مكره ، أشبه الأول .

فصل

فإن طولب بالوديعة ، فأنكرها ، فالقول قوله ، لأن الأصل عدمها ، وإن أقربها وادعى ردها ، أو تلفها بأمر خفي، قبل قوله مع يمينه ، لأنه قبضها لنفع مالكها . وإن كان بأمر ظاهر ، فعليه إقامة البينة بوجوده في تلك الناحية، ثم القول قوله مع يمينه .

فصل

وإن طالبه برد الوديعة ، فأخره لعذر ، لم يضمن ، لأنه لا تفريط من

جهته ، وإن أخره من غير عذر ، ضمنها لتفريطه ، ومؤنة ردها على مالكها ، لأن الإيداع لحظه .

باب العارية

وهي هبة المنافع ، وهي مندوب اليها ، لقول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) المائدة : ٢ . ولأن فيها عوناً لأخيه المسلم وقضاء حاجته « والله في عون العبد ماكان العبد في عون أخيه » وتصح في كل عين ينتفع بها مع بقاء عينها ، لأن النبي ﷺ استعار من أبي طلحة فرساً فركبها . واستعار من صفوان بن أمية أدراعاً . رواه أبو داود . وسئل عن حق الإبل فقال : « إعارة دلوها وإطراق فحلها » فثبتت إعارة ذلك بالخبر ، وقسنا عليه سائر ماينتفع به مع بقاء عينه . ويجوز إعارة الفحل للضراب ، للخبر ، والكلب للصيد قياساً عليه .

فصل

ولا تجوز إعارة العبد المسلم لكافر ، لأنه لا يجوز أن يستخدمه ، ولا الصيد لمحرم ، لأنه لايجوز له امساكه،ولا الجارية الجميلة لغير ذي محرم منها لأنه لايؤمن عليها ، فإن كانت شوهاء ، أو كبيرة لا يشتهى مثلها ، فلا بأس ،

لأنه يؤمن عليها . ويكره استعارة والديه للخدمة ، لأنه يكره له استخدامها فكره استعارتها لذلك .

فصل

فإن قبض العين ، ضمنها ، لما روى صفوان بن أمية : أن النبي ﷺ استعار منه أدراعاً يوم حنين ، فقال أغصباً يا محمد؟ قال « بل عارية مضمونة » وروي « مؤداة » رواه أبو داود ، ولأنه قبض مال غيره لنفع نفسه ، لا للوثيقة . فضمنه كالمغصوب . وعليه مؤنة ردها لذلك . فإن شرط نفي الضمان ، لم ينتف ، لأن ما يضمن لا ينتفي بالشرط . وقال أبو حفص العكبري : يبرأ ، لأن الضمان حقه فسقط بإسقاطه ، كالوديعة التي تعدى فيها ، فإن استخلق الثوب ، أو نقصت قيمتها ، لم يضمن ، لأنه مأذون فيه ، لدخوله فيما هو من ضرورته . ولو تلفت ، ضمنها بقيمتها يوم تلفها ، لأن نقصها قبل ذلك غير مضمون ، بدليل أنه لو ردها ، لم يضمنه . فإن تلفت أجزاؤها بالاستعمال كخمل المنشفة ، ففيه وجهان . أحدهما : لا يضمنه ، لما ذكرنا . والثاني : يضمنه ، لأنه من أجزائها فيضمنه كسائر أجزائها . وإن تلف ولد العارية ، ففيه وجهان . أحدهما : يضمنه ، لأنه تابع لما يجب ضمانه ، فيجب ضمانه ، كولد المغصوب . والثاني : لا يضمن ، لأنه لم يدخل في العارية فلم يدخل في الضمان ، بخلاف المغصوب . فإن ولدها داخل في الغصب .

فصل

والعارية عقد جائز لكل واحد منهما فسخها ، لأنها إباحة ، فأشبهت إباحة الطعام ، وعليه ردها إلى المعير ، أو من جرت عادته أن يجري ذلك على يده ، كرد الدابة إلى سائسها ، فإن ردها إلى غيرهما ، أو دار المالك ، أو اصطبله ، لم يبرأ من الضمان ، لان ماوجب رده ، لم يبرأ برده إلى ذلك ، كالمغصوب .

فصل

ومن استعار شيئاً ، فله استيفاء نفعه بنفسه ووكيله ، لأنه نائب عنه . وليس له أن يعيره ، لانها إباحةفلايملك بها إباحة غيره ، كإباحة الطعام . فإن أعاره فتلفت عند الثاني ، فللمالك تضمين أيهما شاء ، ويستقر الضمان على الثاني ، لأنه قبضه على أنه ضامن له، وتلف في يده، فاستقر الضمان عليه ،كالغاصب من الغـاصب .

فصل

وتجوز العارية مطلقة ومعينة، لأنها إباحة، فأشبهت إباحة الطعام . فإن أطلقها ، فله أن ينتفع بها في كل مايصلح له ، فإن كانت أرضاً ، فله أن يبني ويغرس ويزرع ، لأنها تصلح لذلك كله. وإن عين نفعاً ، فله أن يستوفيه ومثله ودونه ، وليس له استيفاء أكثر منه على ما ذكرنا في الإجارة .

فصل

وتجوز مطلقة ومؤقتة ، فإن أعارها للغراس سنة ، لم يملك الغرس بعدها . فان غرس بعدها ، فحكمه حكم غرس الغاصب ، لأنه بغير إذن ، وإن رجع قبل السنة ، لم يملك الغرس بعد الرجوع ، لأن الإذن قد زال . فأما غرسه بالإذن فإن كان قد شرط عليه قلعه ، لزمه ، لقول النبي ﷺ « المسلمون على شروطهم » حديث حسن صحيح . وإن شرط عليه تسوية الحفر ، لزمه ، للخبر ، وإلا لم يلزمه ، لأنه أذن في حفرها باشتراطه القلع ، وإن لم يشترط تسويتها . وإن لم يشترط عليه قلعه لكن لا تنقص قيمته بقلعه ، لزم قلعه ، لأنه أمكن رد العارية فارغة من غير ضرر فوجب ، وإن نقصت قيمته بالقلع فاختاره المستعير ، فله ذلك ، لأنه ملكه فملك نقله ، وعليه تسوية الأرض ، لأن القلع باختياره لو امتنع منه ، لم يجبر عليه ، لأنه فعله لاستخلاص ملكه من ملك غيره فلزمته التسوية ، كالشفيع إذا أخذ غرسه . وقال القاضي: لا تلزمه التسوية ، لأن المعير دخل على هذا بإذنه في الغراس الذي لا يزول إلا بالحفر عليه . وإن أبى قلعه فبذل المعير قيمته ليملكه ، أجبر على قبولها ، لأن غرسه حصل في ملك غيره بحق ، فأشبه الشفيع مع المشتري . ولو بذل المستعير قيمة الأرض ليملكها مع غرسه ، لم يجبر المعير عليه ، لأن الغرس يتبع الأرض في الملك ، بخلاف الأرض ، فإنها لا تتبع للغرس فإن بذل المعير

أرش النقص الحاصل بالقلع ، أجبر المستعير على قبوله ، لأنه رجوع في العارية من غير إضرار . وإن لم يبذل القيمة، ولا أرش النقص ، وامتنع المستعير من القلع ، لم يقلع ، لأنه إذن له فيما يتأبد، فلم يملك الرجوع على وجه يضر به ، كما لو أذن له في وضع خشبة على حائطه . ولم يذكر أصحابنا عليه أجرة ، لأن بقاء غرسه بحكم العارية ، وهي انتفاع بغير أجرة ،كالخشب على الحائط . وذكروا في الزرع أن عليه الأجرة لمدة بقاء الزرع من حين الرجوع ، لأنه لا يملك الانتفاع بأرض غيره بعد الرجوع بغير أجرة ، وهذا يقتضي وجوب الأجرة على صاحب الغراس بعد الرجوع . وللمعير دخول أرضه كيف شاء لأن بياضها له، لا حق للمستعير فيها ، وللمستعير دخولها ، للسقي والإصلاح وأخذ الثمرة ، لأن الإذن في الغراس إذن بما يعود في صلاحه ، وأخذ الثمرة وليس له دخولها للتفرج ونحوه ، ولا يمنع واحد منهما من بيع ملكه لمن شاء يكون بمنزلته ، لأنه ملكه على الخصوص فملك بيعه ، كالشقص المشفوع .

فصل

وإن رجع في العارية وفي الأرض ،زرع مما يحصد قصيلاً، حصده، لأنه أمكن الرجوع من غير إضرار . وإن لم يمكن ، لزم المعير تركه بالأجرة إلى وقت حصاده ، لأنه لا يملك الرجوع على وجه يضر بالمستعير . وإن حمل

السيل بذر رجل إلى أرض آخر فنبت فيها ، ففيه وجهان . أحدهما : حكمه حكم العارية ، لأنه بغير تفريط من ربه ، الا أن عليه أجرة الأرض ، لأنه لا يجوز استيفاء نفع أرض انسان بغير إذنه من غير أجرة ، فصار كزرع المستعير بعد رجوع المعير . وقال القاضي : ليس عليه أجرة ، لأنه حصل بغير تفريط ، أشبه مبيت بهيمته في دار غيره . والثاني : حكمه حكم الغصب ، لأنه حصل في ملكه بغير اذنه .

فصل

وإن أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه ، لم يكن له الرجوع مادام الخشب على الحائط ، لأن هذا يراد للبقاء ، وليس له الإضرار بالمستعير . فإن بذل المالك قيمة الخشب ليملكه ، لم يكن له ، لأن معظمه في ملك صاحبه ، فإن أزيل الخشب لتلفه أو سقوطه أو هدم الحائط ، لم يجز رده إلا بإذن مستأنف ، لأن الإذن تناول الحائط الأول ، فلا يتعدى إلى غيره . وإن وجدت أخشاب على حائط لا يعلم سببها ، ثم نقلت ، جاز إعادتها ، لأن الظاهر أنها بحق ثابت . وإن استعار سفينة، فحمل متاعه فيها ، لم يملك صاحبها الرجوع فيها حتى ترسي . وإن أعاره أرضاً للدفن ، لم يملك الرجوع فيها ما لم يبل الميت لما ذكرنا .

فصل

وإن استعار شيئاً يرهنه مدة معلومة على دين معلوم، صح، لأنه نوع انتفاع. فإن أطلق الإذن من غير تعيين، صح، لأن العاريـة لا يشترط في صحتها تعيين النفع. فإن عين فخالفه، فالرهن باطل، لأنه رهنه بغير إذن مالكه. وإن أذن له في رهنه بمائة، فرهنه بأقل منها، صح، لأن من أذن في شيء، فقد أذن في بعضه. وإن رهنه بأكثر منها، بطل في الكل في أحـد الوجهين، لأنه مخالف، أشبه ما لو خالف في الجنس. وفي الآخر: يصح في المأذون، ويبطل في الزائد، كتفريق الصفقة. وللمعير مطالبة الراهن بفكاكه في الحال، سواء أجله أو أطلق، لأن العارية لا تلزم. وان حل الدين قبل فكاكه بيع واستوفي الدين من ثمنه، لأن هذا مقتضى الرهن، ويرجـع المعير على المستعير بقيمته أو مثله إن كان مثلياً، لأن العارية مضمونة بذلك، ولا يرجع بما بيع به إن كان أقل من القيمة، لأن العارية مضمونة فيضمن نقص ثمنها. وإن بيع بأكثر من قيمته، رجع به، لأن ثمن العين ملك لصاحبها، وقيل: لا يرجع بالزيادة. وإن تلف في يد المرتهن، رجع المعير على المستعير، ويرجع المستعير على المرتهن إن كان تعدى، وإلا فلا. فإن قضى المعير الدين وفك الرهـن بإذن الراهن، رجع عليه، وإن كان بغير إذنه متبرعـاً، لم يرجع. وإن قضاه محتسباً بالرجوع، ففيه روايتان، بناء على قضاء دينه بغير إذنه.

فصل

إذا ركب دابة غيره ثم اختلفا فقال : اعرتنيها قال : بل أجرتكها عقيب العقد، والدابة قائمة ، فالقول قول الراكب ، لأن الأصل عدم الإجارة وبراءة ذمته من الأجرة . وإن كان بعد مضي مدة لمثلها أجرة ، فالقول قول المالك ، لأنهما اختلفا في صفة نقل ملكه إلى غيره ، فأشبه ما لو اختلفا في العين فقال : وهبتنيها وقال : بل بعتكها ، فيحلف المالك، ويجب له المسمى في أحد الوجهين ، لأنه ادعاه وحلف عليه . والآخر : تجب أجرة المثل ، لأنهما لو اتفقا على الإجارة، واختلفا في قدر الأجرة،لم يجب أكثر من أجرة المثل ، فمع الاختلاف أولى . وإن قال : أكريتنيها . قال : بل أعرتكها بعد تلفها أو قبله ، فالقول قول المالك مع يمينه ، لأنهما اختلفا في صفة القبض ، والأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان ، لقوله عليه السلام « على اليد ما أخذت حتى ترده » حديث حسن . والقول قول الراكب في قدر القيمة مع يمينه . وان قال: غصبتنيها . قال : بل أعرتنيها أو أكريتنيها ، فالقول قول المالك لذلك ، ولأن الراكب يدعي انتقال المنافع إلى ملكه بالعارية أو الكراء ، والمالك ينكر ذلك والأصل معه .

باب الغصب

وهو استيلاء الإنسان على مال غيره بغير حق، وهو محرم بالإجماع .
وقد روى جابر : أن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر « إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا » رواه مسلم . ومن غصب شيئاً، لزمه رده، لما روى سمرة عن النبي ﷺ أنه قال : « على اليد ما أخذت حتى ترده » وان نقصت لتغير الأسعار، لم يضمنها، لأن حق المالك في العين، وهي باقية لم تتغير صفتها، ولا حق له في القيمة مع بقاء العين، وإن نقصت القيمة لنقص المغصوب نقصاً مستقراً، كثوب استخلق، أو تخرق، وإناء تكسر أو تشقق، وشاة ذبحت، وحنطة طبخت، فعليه رده وأرش نقصه، لأنه نقص عين نقصت به القيمة، فوجب ضمانه، كذراع من الثوب .
وإن طالب المالك ببدله، لم يملك ذلك، لأن عين ماله باق، فلم يملك المطالبة ببدله، كما لو قطع من الثوب جزءاً . وإن كان النقص غير مستقر، كطعام ابتل أو عفن، فله بدله في قول القاضي، لأنه يتزايد فساده إلى أن يتلف . وقال أبو الخطاب : يخير بين ذلك وبين تركه حتى يستقر فيه الفساد، ويأخذه مع أرشه، لأن عين ماله باقية، فلا يمنع من أخذها مع أرشها، كالثوب الذي تخرق .

فصل

فإن كان النقص في الرقيق مما لا مقدر فيه، كنقصه لكبر ، أو مرض أو شجة دون الموضحة ، ففيه ما نقص مع الرد لذلك ، وان كان أرشه مقدراً، كذهاب يده،فكذلك في إحدى الروايتين ، لأنه ضمان مال، أشبه ضمان البهيمة. والأخرى : يرده وما يجب بالجناية ، لأنه ضمان للرقيق فوجب فيه المقدر ، كضمان الجناية ، فإن قطع الغاصب يده ، فعلى هذه الرواية الواجب نصف قيمته ، كغير المغصوب . وعلى الأولى عليه أكثر الأمرين من نصف قيمته ، أو قدر نقصه ، لأنه قد وجدت اليد والجناية ، فوجب أكثرهما ضماناً . وإن غصب عبداً ، فقطع أجنبي يده ، فللمالك تضمين أيهما شاء . فعلى الأولى : إن ضمن الغاصب ، ضمنه أكثر الأمرين ، ويرجع الغاصب على القاطع بنصف قيمته لا غير ، لأن ضمانه ضمان الجناية . وإن ضمن الجاني ، ضمنه نصف القيمة وطالب الغاصب بتمام النقص . وعلى الثانية : يطالب أيهما شاء ، ويستقر الضمان على القاطع ، لأنه المتلف فيكون الرجوع عليه .

فصل

وروي عن أحمد فيمن قلع عين فرس : أنه يضمنها بربع قيمتها ، لأنه يروى عن عمر رضي الله عنه والصحيح أنه يضمنها بنقصها ، لأنها بهيمة فلم يكن فيها مقدر، كسائر البهائم أو كسائر أعضائها ، ويحمل ما روي عن عمر

على أن عين الدابة التي قضى فيها بنقصها ربع القيمة . ولو غصب دابة قيمتها مائة ، فزادت فصارت قيمتها ألفاً ، ثم جنى عليها جناية نقصت نصف قيمتها ، لزمه خمسمائة ، لأن الواجب قيمة ما أتلف يوم التلف ، وقد فوت نصفها ، فضمن خمسمائة .

فصل

فإن نقصت العين دون القيمة، وكان الذاهب يضمن بمقدر ، كعبد خصاه وزيت أغلاه ، فذهب نصفه ، ولم تنقص قيمته ، فعليه قيمة العبد ، ومثل مانقص من الزيت مع ردهما ، لأن الواجب فيهما مقدر بذلك ، فإن لم يكن مقدر ، كعبد سمين هزل فلم تنقص قيمته، لم يلزمه أرش هزله، لأن الواجب فيه مانقص من القيمة ، ولم تنقص . فإن أغلا عصيراً فنقص ، فهو كالزيت ، لأنه في معناه ، ويحتمل أن لا يضمن ، لأن الغليان عقد أجزاءه وجمعها ، وأذهب مائيته فقط ،بخلاف الزيت، فإن نقصت عينه وقيمته،فعليه مثل مانقص من العين وأرش نقص الباقي في العصير والزيت ، لأن كل واحد من النقصين مضمون منفرداً فكذلك إذا اجتمعا . ولو شق ثوباً ينقصه الشق نصفين ، ثم تلف أحدهما ، رد الباقي وتمام قيمة الثوب قبل قطعه ، وإن غصب خفين، فتلف أحدهما ، فكذلك في أحد الوجهين ، لأن نقص الباقي يسبب تعديه . والآخر : لا يلزمه إلا رد الباقي ، وقيمة التالف ، لأنه لم يتلف إلا أحدهما .

فصل

وإن غصب عبداً فرض ، أو ابيضت عينه ثم برىء ، لم يلزمه إلا رده ، لأن نقصه زال، فأشبه ما لو انقلعت سنه ، ثم عادت . وإن هزل ثم سمن ، أو نسي صناعته ثم علمها ، فكذلك في أحد الوجهين ، لأن نقصه زال ، فأشبهت التي قبلها . والآخر : يضمن النقص ، لأن السمن الثاني غير الأول ، فلايسقط به ماوجب بزوال الأول ، فعلى هذا الوجه ، لو سمن ثم هزل ، ضمنهما معاً ،لأن الثاني غير الأول ، وعلى الوجه الأول ، يضمن أكثر السمنين قيمة ، لأن عود السمن أسقط ما قابله من الأرش ، فإن كانت الزيادة الثانيـــة ، من غيرجنس الأول، كعبد هزل فنقصت قيمته ، ثم تعلم فعادت قيمته ، ضمن الأولى ، لأن الثانية من غير جنس الاولى ، فلا تنجبر بها ، وإن نسي الصناعة أيضاً ، ضمن النقصين جميعا ، لما ذكرنا .

فصل

فإن جنى العبد المغصوب ، لزم الغاصب ما يستوفى من جنايته ، لأنه بسبب كان في يده، وإن أقيدمنه في الطرف ، فحكمه حكم ذهابه بفعل الله تعالى، لكونه ضماناً وجب باليـد لا بالجناية ، فإن القطع قصاصاً ليس بجناية ، وإن تعلق الأرش برقبته،فعليه فداؤه ، لأنه حق تعلق برقبته في يده، فلزمه تخليصه

منه . وإن جنى على سيده ، ضمن الغاصب جنايته ، لأنها من جملة جناياته ، فأشبه الجناية على أجنبي .

فصل

وإن زاد المغصوب في يده ، كجارية سمنت ، أو ولدت ، أو كسبت ، أو شجرة أثمرت ، أو طالت ، فالزيادة للمالك مضمونة على الغاصب ، لأنها حصلت في يده بالغصب ، فأشبهت الأصل ، وإن ألقت الولد ميتاً ، ضمنه بقيمته ، يوم الوضع لو كان حياً ، لأنه غصب بغصب الأم . وإن صاد العبد والجارية صيداً ، فهو لمالكها ، لأنه من كسبها . وهل تجب أجرة العبد الكاسب او الصائد في مدة كسبه ، وصيده؟ فيه وجهان . أحدهما : لا تجب ، لأن منافعه صارت إلى سيده ، فأشبه ما لو كان في يده . والثاني : تجب ، لأن الغاصب أتلف منافعه . وإن غصب فرساً ، أو قوساً ، أو شركاً ، فصاد به ، ففيه وجهان . أحدهما : هو لصاحبه ، لأن صيده حصل به ، أشبه صيد الجارية . والثاني : للغاصب ، لأنه الصائد ، وهذه آلة . وإن غصب منجلاً ، فقطع به حطباً ، أو خشباً ، فهو للغاصب ، لأن هذا آلة ، فهو كالحبل يربطه به .

فصل

وإن غصب أثماناً ، فاتجر بها ، فالربح لصاحبها ، لأنه نماء ماله ، وإن اشترى في ذمته ، ثم نقدها فيه ، فكذلك في إحدى الروايتين . والاخرى :

هو للغاصب ، لأن الثمن ثبت في ذمته ، فكان الشراء له ، والمبيع ربحه له ،لأنه بذل ما وجب عليه . وقياس المذهب : أنه إذا اشترى بعينه كان الشراء باطلاً ، والسلعة للبائع .

فصل

وإن غصب عيناً، فاستحالت، كبيض صار فرخاً ، وحب صار زرعاً ، وزرع صار حباً ، ونوى صار شجراً ، وجب رده ، لأنه عين ماله ، فإن نقصت قيمته ، ضمن أرش نقصه ، لحدوثه في يده ، وإن زاد ، فالزائد لمالكه ولا شيء للغاصب بعمله فيه ، لأنه غير مأذون فيه ، وإن غصب عصيراً فتخمر، ضمن العصير بمثله ، لأنه تلف في يده ، فإن عاد خلاً ، رده ، وما نقص من قيمة العصير ، لأنه عين العصير ، أشبه النوى يصير شجراً .

فصل

فإن عمل فيه عملاً ، كثوب قصره ، أو فصله وخاطه ، أو قطن غزله ، أو غزل نسجه ، أو خشب نجره ، أو ذهب صاغه ، أو ضربه ، أو حديد جعله إبراً ، فعليه رده ، لأنه عين ماله ، ولا شيء للغاصب ، لأنه عمل في ملك غيره بغير إذنه ، فلم يستحق شيئاً ، كما لو أغلا الزيت . وإن نقص بذلك ، فعليه ضمان نقصه ، لأنه حدث بفعله . وعنه : أنه إن زاد يكون شريكاً للمالك بالزيادة ، لأن منافعه أجريت مجرى الأعيان ، أشبه ، ما لو صبغ الثوب والأول أصح .

فصل

فإن غصب شيئاً ، فخلطه بما يتميز منه ، كحنطة بشعير ، أو زبيب أحمر بأسود ، فعليه تمييزه ورده ، لأنه أمكن رده ، فوجب ، كما لو غصب عيناً فبعدها ، وإن خلطه بمثله مما لا يتميز ، كزيت بزيت ، لزمه مثل كيله منه ، لأنه قدر على دفع بعض ماله إليه ، فلم ينتقل إلى البدل في الجميع ، كما لو غصب شيئاً ، فتلف بعضه . وهذا ظاهر كلام أحمد رضي الله عنه ، لأنه نص على أنه شريك إذا خلطه بغير جنسه ، فنبه على الشركة إذا كان مثله . وقال القاضي : قياس المذهب ، أنه يلزمه مثله ، إن شاء الغاصب منه أو من غيره ، لأنه تعذر رد عينه ، أشبه ما لو أتلفه . وإن خلطه بأجود منه ، لزمه مثله من حيث شاء الغاصب ، فإن دفعه إليه منه ، لزمه أخذه ، لأنه أوصل إليه خيراً من حقه من جنسه . وإن خلطه بدونه ، لزمه مثله ، فإن اتفقا على أخذ المثل منه ، جاز . وإن أباه المالك ، لم يجبر ، لأنه دون حقه . وإن طلب ذلك ، فأباه الغاصب ، ففيه وجهان . أحدهما : لا يجبر ، لأن الحق انتقل إلى ذمته ، فكانت الخيرة إليه في التعيين . والثاني : يلزمه ، لأنه قدر على دفع بعض ماله إليه من غير ضرر ، فلزمه ، كما لو كان مثله . وإن خلطه بغير جنسه ، كزيت بشيرج ، لزمه مثله من غيره ، وأيهما طلب الدفع منه ، فأبى الآخر ، لم يجبر . وقد قال أحمد في رجل له رطل زيت اختلط برطل شيرج لآخر : يباع الدهن كله ، ويعطى كل واحد

منها قدر حصته ، فيحتمل أن يختص هذا بما لم يخلطه أحدهما ، ويحتمل أن يعم سائر الصور ، لأنه أمكن أن يصل إلى كل واحد بدل عين ماله ، فأشبه مالو غصب ثوباً فصبغه . فإن نقص مايخصه من الثمن عن قيمته مفرداً ، ضمن الغاصب نقصه ، لأنه بفعله ، وإن خلطه بما لا قيمة له ، كزيت بماء وأمكن تخليصه، وجب تخليصه ورده مع أرش نقصه ، فإن لم يمكن تخليصه ، أو كان ذلك يفسده ، وجب مثله ، لأنه أتلفه . ولو أعطاه بدل الجيد أكثر منه رديئاً ، أو أقل منه وأجود صفة ، لم يجز ، لأنه ربا ، إلا أن يكون اختلاطه بغير جنسه ، فيجوز ، لأن الربا لا يجري في جنسين .

فصل

فإن غصب ثوباً فصبغه ، فلم تزد قيمة الثوب والصبغ ولم تنقص ، فهما شريكان يباع الثوب ويقسم بثمنه بينهما ، لأن الصبغ عين مال ، له قيمته ، فلم يسقط حقه فيها باتصالها بمال غيره . وإن زادت قيمتها ، فالزيادة بينهما ، لأنها نماء مالها . وإن نقصت القيمة ، ضمنها الغاصب ، لأن النقص حصل بسببه .وإن زادت قيمة أحدهما لزيادة قيمته في السوق، فالزيادة لمالك ذلك، لأنها نماء ماله. وإن بقيت للصبغ قيمته، فأراد الغاصب إخراجه، وضمان النقص، فله ذلك، لأنه عين ماله، أشبه مالو غرس في غيره ، ويحتمل أن لا يملك ذلك ، لأنه يضر بملك المغصوب منه لنفع نفسه ، فمنع منه ، بخلاف الأرض ، فإنه يمكن إزالة الضرر بتسوية الحفر ،

ولأن قلع الغرس معتاد ، بخلاف قلع الصبغ . وإن أراد المالك قلعه ، ففيه وجهان . أحدهما : يملكه ولا شيء عليه ، كما يملك قلع الشجر من أرضـه . والآخر : لا يملكه ، لأن الصبغ يهلك به ، أشبه قلع الزرع . وإن بذل المالك قيمة الصبغ ليملكه ، لم يجبر الغاصب عليه ، لأنه بيع ماله ، ويحتمل أن يجبر . كما يملك أخذ زرع الغاصب بقيمته ، وكالشفيع يأخذ غرس المشتري . وإن وهبه الغاصب لمالكه ، ففيه وجهان . أحدهما : يلزمه قبوله ، لأنه صار صفة للعين ، فأشبه قصارة الثوب . والآخر : لا يلزمه ، لأن الصبغ عين يمكن إفرادها ، أشبه الغراس ، فإن أراد المالك بيع الثوب ، فله ذلك ، لأنه ملكه، فلم يمنع بيعه ، وإن طلب الغاصب بيعه ، فأباه المالك ، لم يجبر ، لأن الغاصب متعد، فلم يملك بتعديه إزالة ملك صاحب الثوب عنه ، كما لو طلب الغارس في أرض غيره بيعها . ويحتمل أن يجبر ، ليصل الغاصب إلى ثمن صبغه ، فإن غصب ثوباً وصبغاً من رجـل فصبغه ، فعليه رده وأرش نقصه إن نقص ، لأنه بفعله والزيادة للمالك ، لأنه عين ماله ليس للغاصب فيه إلا أثر الفعل . وإن صبغه بصبغ غصبه من غيره ، فهما شريكان في الأصل والزيادة ، وإن نقص ، فالنقص من الصبغ ، لأنه تبدد ، ويرجع صاحبه على الغاصب ، لأنه بدده . وإن غصب عسلاً ونشاء ، فعمله حلواء ، فحكمه كحكم غصب الثوب وصبغه سواء .

فصل

وإن غصب أرضاً ، فغرسها ، أو بنى فيها ، لزمه قلعه . لما روى سعيد ابن زيد أن النبي ﷺ قال : « ليس لعرق ظالم حق » قال الترمذي : هذا حديث حسن . ولأنه شغل ملك غيره ، بملك لا حرمة له في نفسه فلزمه تفريغه ، كما لو ترك فيها قماشاً ، وعليه تسوية الحفر ، ورد الأرض إلى ما كانت عليه ، وضمان نقصها إن نقصت ، لأنه حصل بفعله . وإن بذل له المالك قيمة غرسه ، وبنائه ، ليملكه ، فأبى إلا القلع ، فله ذلك ، لأنها معاوضة ، فلم يجبر عليها . وإن وهبه الغاصب الغراس ، أو البناء ، لم يجبر على قبوله ، إن كان له غرض في القلع ، لأنه يفوت غرضه ، وإن لم يكن له فيه غرض ، احتمل أن يجبر ، لأنه يتخلص كل واحد منهما من صاحبه بغير ضرر ، واحتمل أن لا يجبر ، لأن ذلك عين يمكن إفرادها ، فلم يجبر على قبولها ، كما لو لم يكن في أرضه . وإن غرسها من ملك صاحب الأرض فطالبه بالقلع ، وله فيه غرض ، لزمه ، لأنه فوت عليه غرضاً بالغراس ، فلزمه رده ، كما لو ترك فيها حجراً ، وإن لم يكن فيه غرض ، لم يجبر عليه ، لأنه سفه ، ويحتمل أن يجبر ، لأن المالك محكم في ملكه ، وإن أراد الغاصب قلعه ، فللمالك منعه ، لأنه ملكه ، وليس للغاصب فيه الا أثر العمل .

فصل

فإن حفر فيها بئراً، فطالبه المالك بطمها ، لزمه ، لأنه نقل ملكه ، وهو التراب من موضعه ، فلزمه رده، وإن طلب الغاصب طمها لدفع ضرر ، مثل أن جعل ترابها في غير أرض المالك ، فله طمها ، لأنه لايجبر على إبقاء ما يتضرر به ، كإبقاء غرسه ، وإن جعل التراب في أرض المالك ، لم يبرئه من ضمان ما يتلف بها ، فله طمها ، لأنه يدفع ضرر الضمان عنه ، وإن أبرأه من ضمان ما يتلف بها ، ففيه وجهان . أحدهما : يبرأ لأنه لما سقط الضمان بالإذن في حفرها ، سقط بالإبراء منها، فعلى هذا لا يملك طمها ، لأنه لا غرض فيه. والثاني : لا يبرأ بالإبراء ، لأنه إنما يكون من واجب ، ولم يجب بعد شيء فعلى هذا يملك طمها لغرضه فيه.

فصل

وان زرعها ، وأخذ زرعه ، فعليه أجرة الارض ، وما نقصها ، والزرع له ، لأنه عين بذره نما ، وإن أدركها ربها ، والزرع قائم ، فليس له إجبار الغاصب على القلع ، ويخير بين تركه إلى الحصاد بالأجرة ، وبين أخذه ، ويدفع إلى الغاصب نفقته ، لما روى رافع بن خديج قال : قال رسول الله ﷺ « من زرع في أرض قوم بغير إذنهم ، فليس له من الزرع شيء ، وعليه نفقته » قال الترمذي : هذا حديث حسن . ولأنه أمكن الجمع بين الحقين بغير

اتلاف ، فلم يجز الإتلاف ، كما لو غصب لوحاً ، فرقع به سفينة ملججة في البحر ، وفارق الغراس ، لأنه لا غاية له ينتظر إليها . وفيما يرده من النفقة روايتان . أحدهما : القيمة ، لأنها بدل عنه ، فتقدرت به ، كقيم المتلفات ، والثانية : ما أنفق من البذر ومؤنة الزرع في الحرث وغيره ، لظاهر الحديث ، ولأن قيمة الزرع زادت من أرض المالك ، فلم يكن عليه عوضها ، وإن أدرك رب الأرض شجر الغاصب مثمراً ، فقال القاضي : للمالك أخذه ، وعليه ما أنفقه الغاصب من مؤنة الثمرة ، كالزرع ، لأنه في معناه ، وظاهر كلام الخرقي : أنه للغاصب ، لأنه ثمر شجره ، فكان له كولد أمته.

فصل

وإن جصص الدار ، وزوقها ، فالحكم فيه كالحكم في البناء سواء ، وإن وهب ذلك لمالكها ، ففي إجباره على قبول الهبة وجهان ، كالصبغ في الثوب .

فصل

وإن غصب عيناً فبعدت بفعله أو بغيره ، فعليه ردها ، وإن غرم أضعاف قيمتها ، لأنه بتعديه . وإن غصب خشبة فبنى عليها فبليت ، لم يجب ردها ووجبت قيمتها ، لأنها هلكت فسقط ردها . وإن بقيت على جهتها ، لزم ردها ، وان انتقض البناء ، لأنه مغصوب يمكن رده ، فوجب ، كما لو بعدها .

وإن غصب خيطاً فخاط به ثوباً ، فهو كالخشبة في البناء . وإن خاط به جرحه، أو جرح حيوان يخاف التلف بقلعه ، أو ضرراً كثيراً ، لم يقلع ، لأن حرمة الحيوان آكد من حرمة مال الغير ، ولهذا جاز أخذ مال الغير بغير إذنه لحفظ الحيوان دون غيره ، إلا أن يكون الحيوان مباح القتل كالمرتد والخنزير فيجب رده ، لأنه لا حرمة للحيوان . وإن كان الحيوان مأكولا للغاصب ، فيجب رده ، لأنه يمكن ذبح الحيوان والانتفاع بلحمه . ويحتمل أن لا يقلع، لنهي النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير مأكله . وإن كان الحيوان لغير الغاصب لم يقلع بحال ، لأن فيه ضرراً بالحيوان وبصاحبه . وإن مات الحيوان ، وجب رد الخيط ، إلا أن يكون آدمياً ، لأن حرمته باقية بعد موته . والحكم فيما إذا بلع الحيوان جوهرة كالحكم في الخيط سواء .

فصل

وإن غصب لوحاً فرقع به سفينة، وخاف الغرق بنزعه ، لم ينزع ، لأنه يمكنه رده بغير إتلاف مال ، بأن تخرج إلى الشط ، فلم يجز إتلافه ، سواء كان فيها ماله ، أو مال غيره .

فصل

وإن أدخل فصيلاً أو غيره إلى داره ، فلم يمكن إخراجه إلا بنقض الباب

نقض ، كما ينقض البناء لرد الخشبة . وان دخل الفصيل من غير تفريطه ، فعلى صاحب الفصيل ما يصلح به الباب ، لأن نقضه لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب الباب ، وهكذا الحكم ان وقع الدينار في محبرة إنسان بتفريط أو غيره .

فصل

وان غصب عبداً فأبق أو دابة فشردت ، فللمغصوب منه المطالبة بقيمته لأنه تعذر رده فوجب بدله ، كما لو تلف . فإذا أخذ البدل ، ملكه ، لأنه بدل ماله ، كما يملك بدل التالف. ولا يملك الغاصب المغصوب ، لأنه لا يصح تمليكه بالبيع ، فلا يملكه بالتضمين ، كالتالف ، فإذا قدر عليه ، رده وأخذ القيمة ، لأنها استحقت بالحيلولة ، وقد زالت ، فوجب ردها ، وزيادة القيمة المتصلة للغاصب ، لأنها تتبع الأصل، والمنفصلة للمغصوب منه ، لأنها لا تتبع الأصل في الفسخ بالعيب ، وهذا فسخ . فأما المغصوب فيرد بزيادته المتصلة والمنفصلة ، لأن ملك صاحبه لم يزل عنه .

فصل

وان غصب أثماناً، فطالبه مالكها بها في بلد آخر ، لزم ردها إليه ، لأن الأثمان قيم الأموال ، فلا يضر اختلاف قيمتها . وان كان المغصوب من المقومات ، لزم دفع قيمتها في بلد الغصب ، وإن كان من المثليات وقيمته في

البلدين واحدة ، أو هي أقل في البلد الذي لقيه فيه ، فله مطالبته بمثله ، لأنه لا ضرر على الغاصب فيه . وان كانت أكثر ، فليس له المثل ، لأننا لا نكلفه النقل إلى غير البلد الذي غصبه فيه ، وله المطالبة بقيمته في بلد الغصب ، وفي جميع ذلك متى قدر على المغصوب، أو المثل في بلد الغصب ، رده وأخذ القيمة كما لو غصب عبداً فأبق .

فصل

إذا تلف المغصوب، وهو مما له مثل، كالأثمان والحبوب والأدهان ، فإنه يضمن بمثله ، لأنه يماثله من حيث الصورة والمشاهدة والمعنى والقيمة وتماثله من طريق الظن والاجتهاد ، فكان المثل أولى ، كالنص مع القياس ، فإن تغيرت صفته كرطب صار تمراً ، أو سمسم صار شيرجاً، ضمنه المالك بمثل أيهما أحب ، لأنه قد ثبت ملكه على واحد من المثلين ، فرجع بما شاء منهما . وإن وجب المثل أو أعوز ، وجبت قيمته يوم عوزه ، لأنه يسقط بذلك المثل ، وتجب القيمة ، فأشبه تلف المتقومات . وقال القاضي: تجب قيمته يوم قبض البدل ، لأن التلف لم ينقل الوجوب إلى القيمة ، بدليل ما لو وجد المثل بعد ذلك ، وجب رده . وإن قدر على المثل بأكثر من قيمته ، لزمه شراؤه ، لأنه قدر على أداء الوجوب ، فلزمه ، كما لو قدر على رد المغصوب بغرامة .

فصل

فإن كان مما لا مثل له ، وجبت قيمته ، لقول رسول الله ﷺ « من أعتق شركاً له في عبد ، فكان له ما يبلغ ثمن العبد ، قُوِّم وأعطي شركاؤه حصصهم » متفق عليه . فأوجب القيمة ، لأن إيجاب مثله من جهة الخلقة لا يمكن ، لاختلاف الجنس الواحد ، فكانت القيمة أقرب إلى إبقاء حقه . فإن اختلفت قيمته من حين الغصب إلى حين التلف ، نظرت ، فإن كان ذلك لمعنى فيه وجبت قيمته أكثر ما كانت ، لأن معانيه مضمونة مع رد العين ، فكذا مع تلفها ، وإن كان لاختلاف الأسعار ، فالواجب قيمته يوم تلف ، لأنها حينئذ ثبتت في ذمته ، وما زاد على ذلك ، لا يضمن مع الرد ، فكذلك مع التلف ، كالزيادة على القيمة . وتجب القيمة من نقد البلد الذي تلف فيه ، لأنه موضع الضمان . وإن كان المضمون سبيكة ، أو نقرة أو مصوغاً ، ونقد البلد من غير جنسه ، أو قيمته كوزنه ، وجبت ، لأن تضمينه بها لا يؤدي الى الربا ، فأشبه غير الأثمان . وإن كان نقد البلد من جنسه وقيمته مخالفة لوزنه ، قُوِّم بغير جنسه كيلا يؤدي إلى الربا . وإن كانت الصناعة محرمة ، فلا عبرة بها ، لأنها لا قيمة لها شرعاً . وذكر القاضي : أن ما زادت قيمته لصناعة مباحة ، جاز أن يضمن بأكثر من وزنه ، لأن الزيادة في مقابلة الصنعة ، فلا يؤدي الى الربا .

فصل

وإذا كانت للمغصوب منفعة مباحة تستباح بالإجارة فأقام في يده مدة لمثلها أجرة ، فعليه الأجرة . وعنه : إن منافع الغصب لا تضمن . والمذهب الأول ، لأنه يطلب بدلها بعقد المعاينـة ، فتضمن بالغصب ، كالعين . وسواء رد العين أو بدلها ، لأن ما وجب مع ردها ، وجب مع بدلها ، كأرش النقص. فإن تلفت العين، لم تلزمه أجرتها بعد التلف ، لأنه لم يبق لها أجرة . ولو غصب داراً ، فهدمها ، أو عرصة فبناها ، أو داراً فهدمها ثم بناها وسكنها ، فعليه أجرة عوضه ، لأنه لما هدم البناء لم يبق لها أجرة لتلفها ، ولما بنى العرصة كان البناء له ، فلم يضمن أجرة ملكه ، إلا أن يبنيها بترابها ، أو آلة للمغصوب منه فيكون ملكه ، لأنها أعيان ماله ، وليس للغاصب فيه إلا أثر الفعل ، فتكون أجرتها عليه. وكل مالا تستباح منافعه كالإجارة أو تندر إجارته ، كالغنم، والشجر ، والطير ، فلا أجرة له. ولو أطرق فحلاً ، أو غصب كلباً لم تلزمه أجرة، لذلك، لأنه لا يجوز أخذ العوض عن منافعه بالعقد ، فلا يجوز بغيره .

فصل

وإن غصب ثوباً فلبسه وأبلاه ، فعليه أجرته وأرش نقصه ، لأن كل واحد منهما يضمن منفرداً فيضمن مع غيره، ويحتمل أن يضمن أكثر الأمرين من الأجرة فأرش النقص ، لأن ما نقص حصل بالانتفاع الذي أخذ المالك أجرته ،

ولذلك لا يضمن المستأجر أرش هذا النقص . وإن كان الثوب مما لا أجرة له كغير المخيط ، فعليـــه أرش نقصه حسب . وإن كان المغصوب عبداً فكسب ، ففي أجرة مدة كسبه وجهان ، كذلك. وإن أبق العبد فغرم قيمته ، ثم وجده فرده ، ففي أجرته من حين دفع قيمته إلى رده وجهان . أحدهما : لا يلزمه ، لأن المغصوب منه ملك بدل العين، فلا يستحق أجرتها . والثاني : يلزمه ، لأن منافع ماله تلفت بسبب كان في يد الغاصب ، فلزمه ضمانها ، كما لو لم يدفع القيمة . وإن غصب أرضاً فزرعها ، فأخذ المالك زرعها، لم تكن على الغاصب أجرة ، لأن منافع ملكه عادت إليه ، إلا أن يأخذه بقيمته فتكون له الأجرة إلى وقت أخـــذه ، لأن القيمة زادت بذلك للغاصب ، فكان نفعها عائداً إليه .

فصل

وإذا غصب عيناً فباعها لعالم بالغصب ، فتلفت عند المشتري ، فللمالك تضمين أيهما شاء ، قيمتها وأجرتها مدة مقامها في يد المشتري فيضمن الغاصب لغصبه ، والمشتري لقبضه ملك غيره بغير إذنه ، فإن ضمن الغاصب ، رجع على المشتري ، وإن ضمن المشتري ، لم يرجع على أحد ، لأنه غاصب تلف المغصوب في يده فاستقر الضمان عليه ، كالغاصب إذا تلف تحت يده . فأما أجرتها أو نقصها قبل بيعها ، فعلى الغاصب وحده ، ولا شيء على المشتري منه .

وإن كان جارية فوطئها ، لزمه الحد والمهر ، وردها مع ولدها ، وأجرتها ، وأرش نقصها، وولده رقيق ، لأن وطأه زنى، فأشبه الغاصب، وإن لم يعلم المشتري بالغصب ، فلا حد عليه ، وولده حر ، وعليه فداؤه بمثله يوم وضعه، لأنه مغرور ، فأشبه ما لو تزوجها على أنها حرة. وللمالك تضمين أيهما شاء ، لما ذكرنا ، فإن ضمن الغاصب ، رجع على المشتري بقيمة العين ونقصها وأرش بكارتها ، لأنه دخل مع البائع ، على أن يكون ضامناً لذلك بالثمن ، فلم يغره فيه ، ولا يرجع عليه ببدل الولد إذا ولدت منه ونقص الولادة ، لأنه دخل معه على أن لا يضمنه فغره بذلك . فأما ما حصلت له به منفعة ولم يلتزم ضمانه ، كالأجرة والمهر ، ففيه روايتان . إحداهما : لا يرجع به ، لأن المشتري دخل معه في العقد على أن يتلفه بغير عوض ، فقد غره فاستقر الضمان على الغاصب، كعوض الولد . والثانية : يرجع به ، لأن المشتري استوفى بدل ذلك فتقرر ضمانه عليه ، وإن ضمن المشتري ، رجع على الغاصب بما لا يرجع به الغاصب عليه ، لأنه استقر ضمانه على الغاصب ، ولم يرجع بما يرجع به الغاصب عليه ، لأنه لا فائدة في رجوعه عليه بما يرجع به الغاصب عليه .

فصل

وإن وهب المغصوب لعالم بالغصب ، أو أطعمه إياه ، استقر الضمان على المتهب ، ولم يرجع على أحد ، لما ذكرنا في المشتري ، وإن لم يعلم ، رجع بماغرم

على الغاصب ، ، لأنه غره بدخوله معه ، على أنه لا يضمن . وعنه: فيما إذا أكله أو أتلفه: أنه لا يرجع به ، لأنه غرم ما أتلف ، فعلى هذا إن غرم الغاصب ، رجع على الأكل، لأنه أتلف ، فاستقر الضمان عليه. وإن أجر الغاصب العين، ثم استردها المالك ، رجع على من شاء منهما بأجرتها ،ويستقر الضمان على المستأجر علم أو جهل ، لأنه دخل في العقد على أن يضمن المنفعة ، ويسقط عنه المسمى في الإجارة . وإن تلفت العين فغرمها ، رجع به على الغاصب إذا لم يعلم ، لأنه دخل معه ، على أنه لا يضمن . وإن وكل رجلاً في بيعها ، أو أودعها ، فللمالك نضمين ما شاء ، لما ذكرنا . وإن ضمنها ، رجعا بما غرما على الغاصب ، إلا أن يعلما بالغصب فيستقر الضمان عليهما . وإن أعارها ، استقر الضمان على المستعير، علم أو جهل ، لأنه دخل معه ، على أنها مضمونة عليه ، وإن غرمه الأجرة، ففيه وجهان . مضى توجيهها في المشتري .

فصل

وإن أطعم المغصوب لمالكه فأكله عالماً به ، برىء الغاصب ، لأنه أتلف ماله برضاه ، عالماً به . وإن لم يعلم ، فالمنصوص أنه يرجع . قيل لأحمد رضي الله عنه في رجل له قِبَل رجل تبعة فأوصلها إليه على سبيل صدقة أو هدية ، ولم يعلم ، فقال : كيف هذا ؟ هـذا يرى أنه هدية . يقولون : هذا لك عندي ، لأنه بالغصب أزال سلطانه ، وبالتقديم إليه لم يعد ذلك السلطان ، فإنه إباحة

لا يملك بها التصرف في غير ما أذن له فيه . ويتخرج أن يبرأ ، لأنه رد إليه ماله فبرىء ، كما لو وهبه إياه . ويحمل كلام أحمد رضي الله عنه ، على أنه أوصل إليه بدله ، فأما إن وهبه إياه ، فالصحيح أنه يبرأ ، لأنه قد سلمه تسليما صحيحاً، ورجع إليه سلطانه به ، وزالت يد الغاصب بالكلية ، وكذلك إن باعه إياه ، وسلمه إليه . فأما إن أودعه إياه ، أو أعاره أو أجره إياه ، فإن علم أنه ماله ، برىء الغاصب ، لأنه عاد إلى يده وسلطانه ، وإن لم يعلم ، لم يبرأ ، لأنه لم يعد إليه سلطانه ، وإنما قبضه على الأمانة ، فقال بعض أصحابنا : يبرأ ، لأنه عاد إلى يده .

فصل

وأم الولد تضمن بالغصب ، لأنها تضمن في الإتلاف بالقيمة ، فتضمن في الغصب ، كالقن . ولا يضمن الحر بالغصب ، لأنه ليس بمال ، فلم يضمن باليد. وإن حبس حراً فمات ، لم يضمنه لذلك إلا أن يكون صغيراً ، ففيه وجهان . أحدهما : لا يضمن ، لأنه حر أشبه الكبير . والثاني : يضمنه ، لأنه تصرف له في نفسه ، أشبه المال ، فإن قلنا لا يضمنه فكان عليه حلي ، فهل يضمن الحلي؟ فيه وجهان . أحدهما : لا يضمنه، لأنه تحت يده، أشبه ثياب الكبير . والثاني : يضمنه ، لأنه استولى عليه ، فأشبه ما لو كان منفرداً ، وإن استعمل الكبير مدة كرها ، فعليه أجرته ، لأنه أتلف عليه ما يتقوم ، فلزمه ضمانه ، كإتلاف ماله .

وإن حبسه مدة لمثلها أجرة ، ففيه وجهان . أحدهما : تلزمه الأجرة ، لأنها منفعة تضمن بالإجارة ، فضمنت بالغصب ، كنفع المال . والثاني : لا يلزمه ، لأنها تلفت تحت يده ، فلم تضمن ، كأطرافه .

فصل

وان غصب كلباً يجوز اقتناؤه ، لزمه رده ، لأن فيه نفعاً مباحاً . وإن غصب خمر ذمي ، لزم ردها إليه ، لأنه يقر على اقتنائها وشربها ، وإن غصبها من مسلم ، وجبت إراقتها ، لأن النبي ﷺ أمر بإراقة خمر الأيتام . وان أتلفها المسلم أو ذمي ، لم يضمنها ، لما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « ان الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه » ولأنها يحرم الانتفاع بها فلم تضمن ، كالميتة . وان غصبه منها فتخلل في يده ، لزمه رده الى صاحبه ، لأنها صارت خلاً على حكم ملكه . فإن تلف ، ضمنه ، لأنه مال تلف في يد الغاصب ، فإن أراقه صاحبه فجمعه إنسان فتخلل ، لم يلزمه رده ، لأن صاحبه أزال ملكه عنه بتبديده .

فصل

وان غصب جلد ميتة ، ففي وجوب رده وجهان ، مبنيان على طهارته بالدباغ ، إن قلنا : يطهر ، وجب رده ، لأنه يمكن التوصل إلى تطهيره ، أشبه الثوب النجس . وان قلنا : لا يطهر ، لم يجب رده ، ويحتمل أن يجب ، إذا

قلنا : يجوز الانتفاع به في اليابسات ، ككلب الصيد . وان أتلفه ، لم يضمنه ، لأنه لا قيمة له .

فصل

وان كسر صليباً أو مزماراً ، لم يضمنه ، لأنه لا يحل بيعه ، فأشبه الميتة. وان كسر أواني الذهب والفضة ، لم يضمنها ، لأن اتخاذها محرم . وان كسر آنية الخمر ، ففيه روايتان . إحداهما : يضمنها ، لأنه مال غير محرم ، ولأنها تضمن إذا كان فيها خل ، فتضمن إذا كان فيها خمر ، كالدار . والثانية : لا تضمن ، لما روى ابن عمر ان النبي ﷺ أمره بتشقيق زقاق الخمر . رواه أحمد في « المسند ».

فصل

ومن أتلف مالاً محترماً لغيره، ضمنه ، لأنه فوته عليه فضمنه ، كما لو غصبه فتلف عنده . وإن فتح قفص طائر فطار ، أو حل دابة ، فشردت ، أو قيد عبد ، فذهب ، أو رباط سفينة فغرقت ، ضمن ذلك ، لأنه تلف بسبب فعله فضمنه ، كما لو نفر الطائر ، أو الدابة . وإن فعل ذلك، فلم يذهب حتى جاء آخر فنفرهما ، فالضمان على المنفر ، لأن فعله أخص ، فاختص الضمان به كالدافع مع الحافر . وإن وقف طائر على جدار، فنفره إنسان فطار ، لم يضمنه ، لأن تنفيره لم يكن سبب فواته ، لأنه كان فائتاقبله ، وإن طار في هواء داره

فرماه فقتله ، ضمنه ، لأنه لا يملك منــــع الطائر الهوى ، فأشبه ما لو قتله في غير داره .

فصل

وإن حل زقاً فاندفق ، أو خرج منه شيء بل أسفـله فسقط ، أو سقط بريح ، أو زلزلة ، أوكان جامداً فذاب بالشمس فاندفق ، ضمنه ، لأنه تلف بسببهفضمنه ، كما لو دفعه ، وقال القاضي : لا يضمنه إذا سقط بريح ، أو زلزلة لأن فعله غير ملجىء فلا يضمنه ، كما لو دفعه إنسان آخر . ولنا أنه لم يتخلل بين فعله وتلفه مباشرة يمكن إحالة الضمان عليها ، فيجب أن يضمنه، كمالو جرح إنساناً فأصابهالحر فمات به،فأما إن بقي واقفا، فجاء إنسان فدفعه ، ضمنه الثاني، لأنه مباشر، وإن كان يخرج قليلاً قليلاً، فجاءإنسانفنكسهفاندفق،ضمن الثاني ماخرج بعد التنكيس ، لأنه مباشر له ، فهو كالذابح بعد الجارح . ويحتمل أن يشتركا فيما بعد التنكيس . وإن فتح زقاً فيه جامد ، فجاء آخر فقرب إليه ناراً فأذابه فاندفق، ضمنهالثاني،لأنه باشر الإتلاف. وإنأذابه الأول،ثمفتحهالثاني، فالضمان على الثاني ، لأن التلف حصل بفعله .

فصل

وإن أجج في سطحه ناراً ، فتعدت فأحرقت شيئاً لجاره ، وكان مافعله يسيراً جرت العادة به ، لم يضمن ، لأنه غير متعد ، وإن أسرف فيه لكثرته ،

أو كونه في ريح عاصف ، ضمن . وكذلك إن سقى أرضه فتعدى إلى حائط آخر .

فصل

وإن أطارت الريح إلى داره ثوباً ، لزمه حفظه ، لأنه أمانة حصلت في يده ، فلزمه حفظها كاللقطة . فإن عرف صاحبها ، لزمه إعلامه ، فإن لم يفعل ، ضمنه كاللقطه إذا ترك تعريفها . وإن دخل طائر داره ، لم يلزمه حفظه ، ولا إعلام صاحبه ، لأنه محفوظ بنفسه . فإن أغلق عليه باباً ليمسكه ، ضمنه ، لأنه أمسكه لنفسه ، فضمنه كالغاصب ، فإن لم ينو ذلك ، لم يضمنه ، لأنه يملك التصرف في داره ، فلم يضمن مافيها .

فصل

إذا اختلف المالك والغاصب في تلف المغصوب ، فالقول قول الغاصب مع يمينه ، لأنه يتعذر إقامة البينة على التلف ، ويلزمه البدل ، لأنه بيمينه تعذر الرجوع إلى العين ، فوجب بدلها ، كما لو أبق العبد المغصوب . وإن اختلفا في قيمة المغصوب ، فالقول قول الغاصب ، لأن الأصل براءة ذمته من الزيادة المختلف فيها ، فأشبه من ادعى عليه بدين ، فأقر ببعضه وجحد باقيه. وإن قال المالك : كان كاتباً قيمته ألف ، وقال الغاصب : كان أميا قيمته مائة ، فالقول قول الغاصب ، لما ذكرناه . وإن قال الغاصب : كان سارقاً فقيمته مائة.

وقال المالك، لم يكن سارقاً فقيمته ألف، فالقول قول المالك، لأن الأصل عدم السرقة. وإن غصبه طعاماً فقال: كان عتيقاً وأنكره المالك فالقول قول الغاصب، لأن الأصل براءة ذمته من الحديث، ويأخذ المغصوب منه العتيق، لأنه دون حقه. وإن اختلفا في الثياب التي على العبد المغصوب هل هي للغاصب أو للمالك؟ فهي للغاصب، لأنها والعبد في يده، فكان القول قوله فيها. وإن غصبه خمراً، فقال المالك: استحالت خلا، فأنكره الغاصب، فالقول قول الغاصب، لأن الأصل عدم الاستحالة.

فصل

إذا اشترى رجل عبداً، فادعى رجل أن البائع غصبه إياه، فأنكره المشتري وصدقه البائع، حلف المشتري، والعبد له، وعلى البائع قيمته. ولا يملك مطالبة المشتري بالثمن، لأنه لا يدعيه، ويحتمل أن يملك مطالبته بأقل الأمرين، من قيمته، أو ثمنه، لأنه يدعي القيمة، والمشتري يقر بالثمن فيكون له أقلها، وللمالك مطالبة المشتري، لأنه مقر بالثمن للبائع، والبائع يقر به لمالكه. فإن قلنا بصحة تصرف الغاصب، فله مطالبته بجميع الثمن. وإن قلنا: لا يصح، فله أقل الأمرين، لما تقدم. وإن صدقه المشتري، فأنكره البائع، حلف البائع وبرىء، ويأخذ المدعي عبده، لما روى سمرة عن النبي ﷺ أنه قال «من وجد متاعه عند رجل فهو أحق به» وإن كان المشتري أعتق العبد، فصدق البائع والمشتري الغاصب، غرم أيهما شاء قيمته، ويستقر الضمان

على المشتري ، لأنه أتلف العبد بعتقه . وإن وافقها العبد على التصديق ، فكذلك ، ولم يبطل العتق ، لأنه حق الله تعالى ، فلا يقبل قولهم في إبطاله . وفيه وجه آخر : أنه يبطل العتق إذا صدقوه كلهم ، ويعود العبد رقيقاً للمدعي لأنه إقرار بالرق على وجه لا يبطل به حق أحد ، فقبل ، كإقرار مجهول الحال .



كِتَابُ الشُّفعَة

وهي استحقاق انتزاع الإنسان حصة شريكه من مشتريها بمثل ثمنها .

وهي ثابتة بالسنة والإجماع ، أما السنه ، فما روى جابر قال : قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعه ، أو حائط ، لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه . فإن شاء ، أخذ . وإن شاء ، ترك ، فإن باع ولم يستأذنه ، فهو أحق به» . رواه مسلم . وأجمع المسلمون على ثبوت الشفعة في الجملة . ولا تثبت إلا بشروط سبعة .

أحدها : أن يكون المبيع أرضاً ، للخبر ، ولأن الضرر في العقار يتأبد من جهة الشريك ، بخلاف غيره . فأما غير الأرض فنوعان . أحدهما : البناء والغراس . فإذا بيعا مع الأرض ، ثبتت الشفعة فيه ، لأنه يدخل في قوله حائط ، وهو البستان المحوط ، ولأنه يراد للتأبيد ، فهو كالأرض . وإن بيع منفرداً ، فلا شفعة فيه ، لأنه ينقل ويحول . وعن أحمد رضي الله عنه : أن فيه شفعة ، لقول النبي ﷺ « الشفعة فيما لم يقسم » ولأن في الأخذ بها رفع ضرر الشركة، فأشبه الأرض . والمذهب الأول ، لأن هذا مما لا يتباقى ضرره،

فأشبه المكيل . وفي سياق الخبر مايدل على أنه أراد الأرض بقوله : فـــإذا طرقت الطرق ، فلا شفعة . النوع الثاني : الزرع والثمرة الظاهرة ، والحيوان وسائر المبيعات ، فلا شفعة فيه تبعاً ولا أصلاً ، لأنها لا تدخل في البيع تبعاً ، فلا تدخل في الشفعة تبعاً . وعن أحمد رضي الله عنه : أن الشفعة في كل مالا ينقسم ، كالحجر والسيف والحيوان ومافي معناه ، ووجه الروايتين ما ذكرناه .

فصل

الشرط الثاني : أن يكون المبيع مشاعاً ، لما روى جابر قال : قضى النبي ﷺ : في الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطـــرق ، فلا شفعة . متفق عليه . ولأن الشفعة ، ثبتت لدفع الضرر الداخل عليه بالقسمة من نقص قيمة الملك ، وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق ، ولا يوجد هذا . في المقسوم .

فصل

الشرط الثالث : أن يكون مما تجب قسمته عند الطلب ، فأما مالا تجب قسمته كالرحا والبئر الصغيرة والدار الصغيرة ، فلا شفعة فيه ، لما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال : لا شفعة في بئر ولا نخل ، ولأن إثبات الشفعة انما كان لدفع الضرر الذي يلحق بالمقاسمة ، وهذا لا يوجد فيما لا يقسم . وعن أحمد

رضي الله عنه : أن الشفعة تثبت فيه ، لعموم الخبر ، ولانه عقار مشترك فثبتت فيه الشفعة . كالذي يمكن قسمته . والمذهب الأول . فأما الطريق في درب مملوك . فإن لم يكن للدار طريق سواها ، فلا شفعة فيها ، لأنه يضر بالمشتري لكون داره تبقى بلا طريق . وإن كان لها غيرها ، ويمكن قسمتها بحيث يحصل لكل واحد منهم طريق ، ففيها الشفعة ، لوجود المقتضي لها ، وعدم الضرر في الأخذبها. وإن لم يمكن قسمتها ، خرج فيها روايتان كغيرها .

فصل

الشرط الرابع : أن يكون الشقص منتقلا بعوض ، فأما الموهوب والموصى به ، فلا شفعة فيه ، لأنه انتقل بغير بدل ، أشبه الموروث . والمنتقل بعوض نوعان . أحدهما : ما عوضه المال كالمبيع ، ففيه الشفعة بالإجماع ، والخبر ورد فيه . الثاني : ماعوضه غير المال ، كالصداق وعوض الخلع والصلح عن دم العمد ، لاما اشتراه الذمي بخمر ، أو خنزير ، فلا شفعة فيه في ظاهر المذهب ، لأنه انتقل بغير مال ، أشبه الموهوب ، ولأنه لا يمكن الأخذ بمثل العوض ، أشبه الموروث . وقال ابن حامد : فيه الشفعة ، لأنه عقد معاوضة ، أشبه البيع ، فعلى قوله يأخذ الشقص بقيمته ، لأن أخذه بمهر المثل يفضي إلى تقويم البضع في حق الأجانب . ذكره القاضي : وقال الشريف يأخذه بمهر المثل ، لأنه ملكه ببدل لا مثل له فيجب الرجوع إلى قيمته ، كما لو اشتراه

بعرض . ولا تجب الشفعة بالرد بالعيب ، ولا الفسخ بالخيار أو الاختلاف، لأنه فسخ للعقد وليس بعقد ، ولا برجوع الزوج في الصداق ، أو نصفه قبل الدخول لذلك ، ولا بالإقالة إذا قلنا ، هي فسخ لذلك .

فصل

الشرط الخامس: الطلب بها على الفور ساعة العلم ، فإن أخرها مع إمكانها سقطت الشفعة . قال أحمد : الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم ، لما روي عن عمر رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « الشفعة كحل العقال » ، رواه ابن ماجه . ولأن إثباتها على التراخي يضر بالمشتري ، لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ، ولا يتصرف فيه بعمارة ، خوفاً من أخذ المبيع وضياع عمله . وقال ابن حامد : تتقدر بالمجلس وإن طال ، لأنه كله في حكم حالة العقد ، بدليل صحة العقد بوجود القبض، لما يشترط قبضه فيه . وعن أحمد : أنه على التراخي مالم توجد منه دلالة على الرضى ، كقوله : بعني أو صالحني على مال أو قاسمني ، لأنه حق لا ضرر في تأخيره ، أشبه القصاص . والمذهب الأول . لكن إن أخره لعذر ، مثل أن يعلم ليلاً فيؤخره إلى الصباح ، أو لحاجة إلى أكل أو شرب ، أو طهارة ، أو إغلاق باب ، أو خروج من الحمام أو خروج لصلاة أو نحو هذا ، لم تبطل شفعته ، لأن العادة البداءة بهذه الأشياء ، إلا أن يكون حاضراً عنده فيترك المطالبة ، فتبطل شفعته ، لأنه لا ضرر عليه في

الطلب بها . وإن لقيه الشفيع فبدأه بالسلام ، لم تبطل شفعته ، لأن البداءة بالسلام سنة ، وكذلك إن دعا له فقال ، بارك الله لك في صفقة يمينك ، لاحتمال أن يكون دعا له في صفقته ، لأنها أوصلته إلى شفعتـــه . وإن أخر الطلب لمرض ، أو حبس ، أو غيبة ، لم يمكنه فيه التوكيل ولا الإشهاد ، فهو على شفعته ، لأنه تركه لعذر . وإن قدر على إشهاد من تقبل شهادته ، فلم يفعل ، ولم يسر في طلبها بغير عذر ، بطلت شفعته ، لأنه قد يترك الطلب زهداً ، أو لعذر ، فإذا أمكنه تبيين ذلك بالاشهاد ، فلم يفعل ، بطلت شفعته ، كتركه الطلب في حضوره . وإن لم يشهد وسار عقيب علمه ، ففيه وجهان : أحدهما : تبطل ، لأن السير قد يكون لطلبها أولغيره ، فوجب بيان ذلك بالإشهاد . كما لو لم يسر. والثاني : لا تبطل ، لأن سيره عقيب علمه ظاهر في طلبها فاكتفى به ، كالذي في البلد . وإن أشهد ثم أخر القدوم ، لم تبطل شفعته ، لأن عليه في العجلة ضرراً، لانقطاع حوائجه . وقال القاضي: تبطل إن تركه مع الإمكان. وإن كان له عذر ، فقدر على التوكيل فلم يفعل . ففيه وجهان . أحدهما : تبطل شفعته ، لأنه تارك للطلب مع إمكانه ، فأشبه الحاضر . والثاني : لا تبطل لأنه إن كان بجعلٍ ، ففيه غرم ، وان كان بغيره ففيه منة ـ وقد لا يثق به . وان أخر المطالبة بعد قدومه وإشهاده ، ففيه وجهان . بناء على تأخير السير لطلبها .

فصل

فإن ترك الطلب لعدم علمه بالبيع ، أو لكون المخبر لا يقبل خبره ، أو لإظهار المشتري أن الثمن أكثر مما هو أو أنه اشترى البعض ، أو اشترى بغير النقد الذي اشترى به ، أو أنه اشتراه لغيره ، أو أنه اشتراه لنفسه وكان كاذباً فهو على شفعته . ولو عفا عن الشفعة لذلك ، لم تسقط ، لأنه قد لا يرضاه بالثمن الذي أظهره ، ولأنه لا يقدر على النقد ، وقد يرضى مشاركة من نسب إليه البيع ، دون من هو له في الحقيقة ، فلم يكن ذلك رضى منه بالبيع الواقع . وإن ظهر الثمن قليلاً فترك الشفعة ، وكان كثيراً ، سقطت ، لأن من لا يرضى بالقليل ، لا يرضى بأكثر منه . فإن ادعى أنه لم يصدق المخبر ، وهو ممن يقبل خبره الديني ، سقطت شفعته . رجلا كان أو امرأة ، إذا كان يعرف حاله . لأن هذا من باب الإخبار ، وقد أخبره من يجب تصديقه . وإن لم يكن المخبر كذلك ، فالقول قوله .

فصل

فإن باع الشفيع حصته عالماً بالبيع ، بطلت شفعته لأنها ثبتت ، لإزالة ضرر الشركة وقد زال ببيعه . وإن باع قبل العلم ،فكذلك. عند القاضي :لذلك ولأنه لم يبق له ملك يستحق به . وقال أبو الخطاب : لا تسقط ، لأنها ثبتت بوجود ملكه حين البيع ، وبيعه قبل العلم لا يدل على الرضى ، فلا تسقط .

وله أن يأخذ الشقص الذي باعه الشفيع من مشتريه ، ولمشتريه أن يأخذ الشقص الذي باعه الشفيع من مشتريه ، لأنه كان مالكاً حين البيع الثاني ملكاً صحيحاً فثبتت له الشفعة . وعلى قول القاضي : للمشتري الأول أخذ الشقص من المشتري الثاني . وإن باع الشفيع البعض ، احتمل سقوط الشفعة ، لأنها استحقت بجميعه . وقد ذهب بعضه فسقط الكل ، ويحتمل أن لا تسقط ، لأنه قد بقي من نصيبه مايستحق به الشفعة في جميع المبيع .

فصل

الشرط السادس : أن يأخذ جميع المبيع . فإن عفى عن البعض ، أو لم يطلبه ، سقطت شفعته ، لأن في أخذ البعض تفريقاً لصفقة المشتري ، وفيه إضرار به . وإنما ثبتت الشفعة على وجه يرجع المشتري بماله ، من غير ضرر به ، فمتى سقط بعضها ، سقطت كلها كالقصاص . فإن كان المبيع شقصين من أرضين فله أخذ أحدهما ، لانه يستحق كل واحد منهما بسبب غير الآخر فجرى مجرى الشريكين ، ويحتمل أن لا يملك ذلك لأن فيه تفريق صفقة المشتري ، أشبه الأرض الواحدة . وإن كان البائع ، أو المشتري اثنين من أرض ، أو أرضين، فله أخذ نصيب أحدهما ، لانه متى كان في أحد طرفي الصفقة اثنان، فهما عقدان فكان له الأخذ بأحدهما ، كما لو كانا متفرقين.

فصل

فإن كان للشقص شفعاء ، فالشفعة بينهم على قدر حصصهم في الملك ، في ظاهر المذهب ، لانه حق يستحق بسبب الملك ، فيسقط على قدره. كالأجرة والثمرة . وعنه : أنها بينهم بالسوية . اختارها ابن عقيل ، لأن كل واحد منهم يأخذ الكل لو انفرد ، فإذا اجتمعوا تساووا ، كسراية العتق ، فإن عفى بعضهم توفر نصيبه على شركائه ، وليس لهم أخذ البعض ، لان فيه تفريق صفقة المشتري . وإن جعل بعضهم حصته لبعض شركائه ، أو لاجنبي، لم يصح، وكانت لجميعهم ، لأنه عفو وليس بهبة . وإن حضر بعض الشركاء وحده ، فليس له الأخذ للجميع ، لئلا تتبعض صفقة المشتري . فإن ترك الطلب انتظاراً لشركائه ، ففيه وجهان . أحدهما : تسقط شفعته ، لتركه طلبها مع إمكانه . والثاني : لاتسقط ، لأن له عذراً ، وهو الضرر الذي يلزمه بأخذ صاحبيه منه . فإن أخذ الجميع ، ثم حضر الثاني ، قاسمه . فإذا حضر الثالث ، قاسمها ، وما حدث من النماء المنفصل في يد الاول ، فهو له ، لانه حدث في ملكه . وإن أراد الثاني الاقتصار على قدر حقه ، فله ذلك ، لانه لا تتبعض الصفقة على المشتري ، إنما هو تارك بعض حقه لشريكه ، فإذا قدم الثالث ، فله أن يأخذ ثلث مافي يد الثاني ، وهو التسع ، فيضمه إلى مافي يد الاول ، وهو الثلثان تصير سبعة أتساع ، يقتسمانها نصفين ، لكل واحد منهما ثلاث أتساع ونصف

تسع ، وللثاني تسعان . ولو ورث اثنان داراً ، فمات أحدهما عن ابنين ، فباع أحدهما نصيبه ، فالشفعة بين أخيه وعمه ، لأنهما شريكان للبائع ، فاشتركا في شفعته ، كما لو ملكا بسبب واحد .

فصل

وإن كان المشتري شريكا ، فالشفعة بينه وبين الشريك الآخر ، لأنهما تساويا في الشركة ، فتساويا في الشفعة ، كما لوكان الشريك أجنبياً ، فإن أسقط المشتري شفعته ليلزم شريكه ، أخذ الكل ، لم يملك ذلك ، لأن ملكه استقر على قدر حقه ، فلم يسقط بإسقاطه . وإن كان المبيع شقصاً وسيفاً صفقه واحدة فللشفيع أخذ الشقص بحصته من الثمن نص عليه . ويحتمل أن لا يجوز ، لئلا تتشقص صفقة المشتري ، والصحيح الأول ، لأن المشتري أضر بنفسه ، حيث جمع في العقدين فيما فيه شفعة وما لا شفعة فيه .

فصل

الشرط السابع : أن يكون الشفيع قادراً على الثمن ، لأن أخذ المبيع من غير دفع الثمن إضرار بالمشتري . وإن عرض رهناً ، أو ضميناً ، أو عوضاً عن الثمن ، لم يلزمه قبوله ، لأن في تأخير الحق ضرراً ، وإن أخذ بالشفعة ، لم يلزم تسليم الشقص حتى يتسلم الثمن . فإن تعذر تسليمه ، قال أحمد : يصبر يوماً ، أو يومين ، أو بقدر ما يرى الحاكم ، فأما أكثر فلا ، فعلى هذا إن أحضر

الثمن ، وإلا فسخ الحاكم الأخذ ، ورده إلى المشتري . فإن أفلس بعد الأخذ، خير المشتري بين الشقص وبين أن يضرب مع الغرماء ،كالبائع المختار .

فصل

ويأخذ بالثمن الذي استقر العقد عليه ، لقول النبي ﷺ في حديث جابر « فهو أحق به بالثمن » رواه أبو اسحاق الجوزجاني . ولأنه استحقه بالبيع فكان عليه الثمن كالمشتري . فإن كان الثمن مثلياً كالأثمان والحبوب والأدهان ، وجب مثله ، وإن كان غير ذلك ، وجب قيمته ، لما ذكرنا في الغصب ، وتعتبر قيمته حين وجوب الشفعة ، كما يأخذ الثمن الذي وجب بالشفعة ، فإن حط بعض الثمن عن المشتري ، أو زيد عليه في مدة الخيار ، لحق العقد ، ويأخذه الشفيع بما استقر عليه العقد ، لأن زمن الخيار كحالة العقد . وما وجد بعد ذلك من حط ، أو زيادة ، لم تلزم في حق الشفيع، لأنه ابتداء هبة ،فأشبه غيره من الهبات. وإن كان الثمن مؤجلاً ، أخذ به الشفيع إن كان ملياً ، وإلا أقام ضميناً ملياً وأخذ به ، لأنه تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته ، والتأجيل من صفته . فإن كان الثمن عبداً فأخذ الشفيع بقيمته ، ثم وجد به البائع عيباً فأخذ أرشه ، وكان الشفيع أخذ بقيمته سليماً ، لم يرجع عليه بشيء ، لأن الأرش دخل في القيمة . وإن أخذ بقيمته معيباً ، رجع عليه بالأرش الذي أخذه البائع من المشتري ، لأن البيع استقر بعد تسليمه. وإن رد البائع العبد قبل أخذ الشفيع،

انفسخ العقد ولا شفعة ، لزوال السبب قبل الأخذ ، ولأن في الأخذ بالشفعة إسقاط حق البائع من استرجاع المبيع وفيه ضرر . ولا يُزال الضرر بالضرر . وإن رده بعد أخذ الشفيع ، رجع بقيمة الشقص . وإن أخذه الشفيع بقيمة العبد ، فإن كانتا مختلفتين ، رجع صاحب الأكثر على الآخر بتمام القيمة ، لأن الشفيع يأخذ بما استقر عليه العقد، والذي استقر عليه العقد ، قيمة الشقص . وإن أصدق امرأة شقصاً ، وقلنا تجب الشفعة فيه ، فطلق الزوج قبل الدخول والأخذ بالشفعة ، ففيه وجهان : أحدهما . لا شفعة لما ذكرنا . والثاني : يقدم حق الشفيع لأن حقه أسبق ، لأنه ثبت بالعقد ، وحق الزوج بالطلاق بخلاف البائع ، فإن حقه ثبت بالعيب القديم .

فصل

فإن اختلف الشفيع والمشتري في قدر الثمن ، فالقول قول المشتري مع يمينه ، لأنه العاقد ، فهو أعلم بالثمن . ولأن المبيع ملكه فلا ينزع منه بدعوى مختلف فيها إلا ببينة . وان قال المشتري لا أعلم قدر الثمن ، فالقول قوله ، لأنه أعلم بنفسه ، فإن حلف ، سقطت الشفعة ، لأنه لا يمكن الأخذ بغير ثمن ولا يمكن أن يدفع إليه مالا يدعيه إلا أن يفعل ذلك تحيلاً على إسقاطها ، فلا تسقط ، ويؤخذ الشقص بقيمته ، لأن الغالب بيعه بقيمته . وإن ادعى عليه أنك فعلته تحيلاً فأنكر ، فالقول قوله مع يمينه ، لأنه منكر . وإن كان الثمن

عرضاً ، فاختلفا في قيمته ، رجع إلى أهل الخبرة إن كان موجوداً ، وان كان معدوماً ، فالقول قول المشتري في قيمته . وإن اختلفا في الغراس والبناء في الشقص ، فقال المشتري أنا أحدثته ، وقال الشفيع كان قديماً ، فالقول قول المشتري مع يمينه . ولو قال : اشتريت نصيبك فلي فيه الشفعة ، وأنكر ذلك ، فقال بل اتهبته ، أو ورثته ، فالقول قوله مع يمينه .

فصل

فإن ادعى عليه الشراء ، فقال اشتريته لفلان سئل المقر له . فإن صدقه ، فهو له . وان كذبه ، فهو للمشتري ، ويؤخذ بالشفعة في الحالين . وان كان المقر له غائباً ، أخذه الشفيع بإذن الحاكم والغائب على حجته إذا قدم ، لاننا لو وقفنا الأمر إلى حضور المقر له ، كان ذلك إسقاطاً للشفعة ، لأن كل مشترٍ يدعي أنه لغائب . وان قال اشتريته لابني الطفل ، فهو كالغائب في أحد الوجهين . وفي الآخر ، لا تجب الشفعة ، لأن الملك ثبت للطفل ، ولا يثبت في ماله حق بإقرار وليه عليه . فأما إن ادعى عليه الشفعة في شقص فقال : هذا لفلان الغائب ، أو الطفل ، فلا شفعة فيه ، لأنه قد ثبت لهما فإقراره بذلك إقرار على غيره ، فلا يقبل .

فصل

إذا اختلف البائع والمشتري، فقال البائع: الثمن ألفان ، وقال المشتري:

هو ألف ، فأقام البائع بينة بدعواه ، ثبتت ، وللشفيع أخذه بألف ، لأن المشتري يقر أنه لا يستحق أكثر منها ، وأن البائع ظالمه ، فلا يرجع بما ظالمه على غيره . فإن قال المشتري : غلطت والثمن ألفان ، لم يقبل ، لأنه رجوع عن إقراره فلم يقبل . كما لو أقر لأجنبي . وإن لم يكن بينة ، تحالفا ، وليس للشفيع أخذه بما حلف عليه المشتري، لأن فيه الزاماً للعقد في حق البائع ، بخلاف ماحلف عليه . فإن بذل ما حلف عليه البائع ، فله الأخذ ، لأن البائع مقر له بمايستحق الشفعة به ، ولا ضرر على المشتري فيه .

فصل

وان أقر البائع بالبيع وأنكره المشتري ، ففيه وجهان . أحدهما : لا تثبت الشفعه ، لان الشراء لم يثبت ، فلا تثبت الشفعة التابعة له ، ولان البائع إن أقر بقبض الثمن ، لم يمكن الشفيع دفعه إلى أحد ، لأنه لا مدعي له ولا يمكن الاخذ بغير ثمن . وان لم يقر البائع بقبضه ، فعلى من يرجع الشفيع بالعهدة . والثاني : تثبت الشفعة ، لأن البائع مقر بحق للمشتري والشفيع ، فإذا لم يقبل المشتري قبل الشفيع ، وثبت حقه ، ويأخذ الشقص من البائع ، ويدفع إليه الثمن . وإن لم يكن أقر بقبضه ، فالعهدة عليه ، لأن الأخذ منه . وإن أقر بقبض الثمن عرضناه على المشتري ، فإن قبله دفع إليه ، وإلا أقر في يد الشفيع في أحد الوجوه ، وفي الآخر يؤخذ إلى بيت المال . والثالث :

يقال له : إما أن تقبض ، وإما أن تبرىء ، وأصل هذا إذا أقر بمال في يده لرجل ، فلم يعترف به .

فصل

وإذا تصرف المشتري في الشقص قبل أخذ الشفيع ، لم يخل من خمسة أضرب . أحدها : تصرف بالبيع ، وما تستحق به الشفعة ، فللشفيع الخيار بين أن يأخذ بالعقد الثاني ، وبين فسخه ، ويأخذ بالعقد الاول ، لانه شفيع في العقدين ، فملك الأخذ بماشاء منها ، فإن أخذه بالثاني ، دفع إلى المشتري الثاني مثل ثمنه . وإن أخذه بالأول ، دفع إلى المشتري الأول مثل الذي اشتري به ، وأخذ الشقص ، ويرجع الثاني على الأول بما أعطاه ثمنا ، وإن كان ثم ثالث ، رجع الثالث على الثاني .

الثاني : تصرف بردّ أو إقالة ، فللشفيع فسخ الإقالة والرد ، ويأخذ الشقص ، لأن حقه أسبق منها ، ولا يمكنه الأخذ معها .

الثالث : وهبه أو وقفه ، أو رهنه ، أو أجره ونحوه ، فعن أحمد رضي الله عنه : تسقط الشفعة ، لأن في الأخذ بها إسقاط حق الموهوب له، أو الموقوف عليه بالكلية ، وفيه ضرر ، بخلاف البيع ، لأنه يوجب رد العوض إلى غير المالك ، وحرمان المالك . وقال أبو بكر : تجب الشفعة ، لأن حق الشفيع أسبق ، فلا يملك المشتري التصرف بما يسقط حقه ، ولأنه ملك فسخ البيع مع

إمكان الأخذ به ، فلأن يملك فسخ عقد لا يمكنه الأخذ به أولى ، فعلى هذا تفسخ هذه العقود ، ويأخذ الشقص ، ويدفع الثمن إلى المشتري .

الرابع : بنى أو غرس ، ويتصور ذلك بأن يكون الشفيع غائباً ، فقاسم المشتري وكيله في القسمة أو رفع الأمر إلى الحاكم فقاسمه أو أظهر ثمناً كثيراً أو نحوه فترك الشفيع الشفعة وقاسمه ، فبنى وغرس ، ثم أخذ الشفيع بالشفعة ، فإن اختار المشتري أخذ بنائه وغراسه ، لم يمنع منه ، لأنه ملكه ، فملك نقله ، ولا يلزمه تسوية الحفر ، ولا ضمان النقص ، لأنه غير متعد ، ويحتمل كلام الخرقي أن يلزمه تسوية الحفر ، لأنه فعله في ملك غيره لتخليص ملكه ، فأشبه ما لو كسر محبرة إنسان لتخليص ديناره منها . وإن لم يقلعه ، فللشفيع الخيار بين أن يدفع إليه قيمة الغراس والبناء فيملكه ، وبين أن يقلعه ، ويضمن نقصه ، لأن النبي ﷺ قال : « لا ضرر ولا ضرار » رواه أحمد وابن ماجه . ولا يزول الضرر عنهما إلا بذلك .

الخامس : زرع الأرض ، فالزرع يبقى لصاحبه حتى يستحصد ، لأنه زرعه بحق ، فوجب إبقاؤه له كما لو باع الأرض المزروعة .

فصل

وان نما المبيع نماء متصلاً ، كغراس كبر ، وطلع زاد قبل التأبير ، أخذه الشفيع بزيادته ، لأنها تتبع الملك في الأصل ، كما تتبعه في الرد ، وإن كان نماء

منفصلاً كالغلة ، والطلع المؤبر ، والثمرة الظاهرة ، فهي للمشتري ، لأنهاحدثت في ملكه ، وليست تابعة للأصل ، وتكون مبقاة إلى أوان الجذاذ ، لأن أخذ الشفيع شراء ثان ، فإن كان المشتري اشترى الأصل والثمرة معاً ، أخذ الشفيع الأصل بحصته من الثمن ، كالشقص والسيف .

فصل

وان تلف بعض المبيع ، فهو من ضمان المشتري ، لأنه ملكه تلف في يده ، وللشفيع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن ويأخذ أنقاضه لأنه تعذر أخذ البعض فجاز أخذ الباقي، كما لو أتلفه آدمي. وقال ابن حامد : إن تلف بفعل الله تعالى لم يملك الشفيع أخذ الباقي إلا بكل الثمن أو يترك، لأن في أخذه بالبعض إضراراً بالمشتري فلم يملكه كما لو أخذ البعض مع بقاء الجميع .

فصل

ويملك الشفيع الأخذ بغير حاكم ، لأنه حق ثبت بالإجماع ، فلم يفتقر إلى الحاكم ، كالرد بالعيب ، ويأخذه من المشتري ، فإن كان في يد البائع ، فامتنع المشتري من قبضه ، أخذه من البائع ، لأنه يملك أخذه ، فملكه ، كما لو كان في يد المشتري. وقال القاضي : يجبر المشتري على القبض ، ثم يأخذه الشفيع لأن أخذه من البائع يفوت به التسليم المستحق ، ولا يثبت للمشتري خيار ، لأنه يؤخذ منه قهراً ولا للشفيع بعد التملك ، لأنه يأخذه قهراً ، وذلك ينافي

الاختيار ، ويملك الرد بالعيب ، ، لأنه مشتر ثان ، فملك ذلك كالأول . وإن خرج مستحقاً ، رجع بالعهدة على المشتري ، لأنه أخذه منه على أنـه ملكه ، فرجع عليه ، كما لو اشتراه منه ، ويرجع المشتري على البائع .

فصل

واذا أذن الشريك في البيع ، لم تسقط شفعته ، لأنه إسقاط حـق قبل وجوبه ، فلم يصح ، كما لو أبرأه مما يجب له . وعن أحمد رضي الله عنه أنهقال : ما هو ببعيد أن لا تكون له شفعة ، لقول النبي ﷺ « لا يحل له أن يبيـع حتى يؤذن شريكه فإن باع ولم يؤذنه،فهو أحق به»رواهمسلم.يفهممنهأنهإذا باعه بإذنه لا حق له . وإن دل في البيع ، أو توكل ، أو ضمن العهدة ، أو جعـل له الخيار ، فاختار إمضاء البيع ، فهو على شفعته .

فصل

وإذا كان في البيـع محاباة ، أخذ الشفيع بها ، لأنه بيع صحيح ، فلا يمنع الشفعة فيه كونه مسترخصاً . وإن كان البائـع مريضاً ، والمحاباة ، لأجنبي فيما دون الثلث ، أخذ الشفيع بها ، لأنها صحيحة نافذة ، وسواء كان الشفيع وارثاً أو لم يكن ، لأن المحاباة إنما وقعت لأجنبي ، فأشبه ما لو وصى لغريم وارثه ، ويحتمل أن لا يملك الوارث الشفعة هاهنا ، لإفضائه إلى جعـل سبيل للإنسان إلى إثبات حق لوارثه في المحاباة . وإن كانت محاباة المريض لوارثه ،

أو لأجنبي بزيادة على الثلث ، بطلت كلها في حق الوارث ، والزيادة على الثلث في حق الأجنبي ، وصح البيع في الباقي ، وثبت للمشتري الخيار لتفريق صفقته وللشفيع الأخذ على ذلك الوجه .

فصل

إذا مات الشفيع قبل الطلب ، بطلت شفعته ، نص عليه ، لأنه حق فسخ لا لفوات جزء ، فلم يورث ، كرجوع الأب في هبته ، ويتخرج أن يورث ، لأنه خيار ثبت لدفع الضرر عن المال فيورث ، كالرد بالعيب ، فإن مات بعد الطلب ، لم يسقط ، لأنها تقررت بالطلب بحيث لم يسقط بتأخيره ، بخلاف ما قبله ، فإن ترك بعض الورثة حقه، توفر على شركائه في الميراث ، كالشفعاء في الأصل .

فصل

وإن كان بعض العقار وقفاً ، وبعضه طلقاً ، فبيع الطلق ، فذكر القاضي أنه لا شفعة لصاحب الوقف ، لأنه ملك غير تام ، فلا يستفيد به ملكاً تاماً . وقال أبو الخطاب : هذا ينبني على الروايتين في ملك الوقف . إن قلنا : هو مملوك ، فلصاحبه الشفعة، لأنه يلحقه الضرر من جهة الشريك ، فأشبه الطلق ، فإن قلنا : ليس بمملوك ، فلا شفعة له، لعدم ملكه.

فصل

ولا شفعة في بيع الخيار قبل انقضائه ، لأن فيه إلزام البيع بغير رضى المتبايعين ، وإسقاط حقهما من الخيار ، وقيل : يؤخذ بالشفعة ، لأن الملك انتقل ، فإن كان الخيار للمشتري وحده ، فللشفيع الأخذ ، لأنه يملك الأخذ من المشتري قهراً ، ويحتمل أن لا يملكه ، لأن فيه إلزام البيع في حق المشتري بغير رضاه .

فصل

وللصغير الشفعة ، ولوليه الأخذ بها إن رأى الحظ فيها ، فإذا أخذ بها لم يملك الصغير إبطالها بعد بلوغه ، كما لو اشترى له داراً . وإن تركها مع الحظ فيها ، لم تسقط ، وملك الصغير الأخذ بها إذا بلغ ، وإن تركها الولي للحظ في تركها ، أو لإعسار الصبي ، سقطت في قول ابن حامد ، لأنه فعل ما تعين عليه فعله ، فلم يجز نقضه ، كالرد بالعيب . وظاهر كلام الخرقي : أنها لا تسقط ، لأن للشفيع الأخذ مع الحظ وعدمه ، فملك طلبها عند إمكانه ، كالغائب إذا قدم ، والمجنون كالصبي ، لأنه محجور عليه . وإن باع الولي لأحد الأيتام نصيباً ، فله الأخذ بها للآخر ، وإن كان الولي شريكاً ، لم يملك الأخذ بها إن كان وصياً ، لأنه متهم ، وإن كان أباً ، فله الأخذ ، لأن له أن يشتري لنفسه من مال ولده .

وهل لرب المـــال الشفعة على المضارب فيما يشتريه؟ على وجهين بناء على شرائه منه لنفسه .

فصل

ولا شفعة لكافر على مسلم ، لما روى انس أن النبي ﷺ قال : «لا شفعة لنصراني» رواه الطبراني في «الصغير» . ولأنه معنى يختص العقار ، فلم يثبت للكافر على المسلم كالاستعلاء ، وتثبت الشفعة للمسلم على الذمي ، وللذمي على الذمي ، للخبر والمعنى .

باب إحياء الموات

وهي الأرض الداثرة التي لا يعرف لها مالك ، وهي نوعان . أحدهما: مالم يجر عليه ملك ، فهذا يملك بالإحياء ، لما روى جابر بن عبد الله قال : قال رسول الله ﷺ «من أحيا أرضاً ميته فهي له» رواه أحمد، والترمذي وصححه . ولا يفتقر إلى إذن الإمام، للخبر، ولأنه تملك مباح، فلم يفتقر إلى إذن، كالصيد. الثاني: ماجرى عليه ملك ، وباد أهله ، ولم يعرف له مالك ، ففيه روايتان. إحداهما: يملك بالإحياء، للخبر، ولما روى طاووس أن النبي ﷺ قال: «عاديّ الأرض لله ولرسوله ، ثم هي لكم بعد» رواه أبو عبيد في «الاموال» ولأنه في دار الإسلام فيملك ،كاللقطه . والثانية : لا يملك، لأنه إما لمسلم، أو لذمي ، أو بيت

المال ، فلم يجز إحياؤه ، كما لو تعين مالكه . ويجوز إحياء ماقرب من العامر إذا لم يتعلق بمصالحه ، للخبر والمعنى ، وعنه : لا يملك، لانه لا يخلو من مصلحة، فأشبه ماتعلق بمصالحه ،للخبر ، والمذهب الأول .

فصل

وما تعلقت به مصلحة العامر ، كحريم البئر ، وفناء الطريق ، ومسيل الماء، يملك بالإحياء ، ولا يجوز لغير مالك العامر إحياؤه ، لأنه تابع للعامر، مملوك لصاحبه ، ولان تجويز إحيائه ، إبطال للملك في العامر على أهله ،وكذلك مابين العامر من الرحاب والشوارع ، ومقاعد الأسواق لايجوز تملكه بالإحياء لأنه ليس بموات ، وتجويز إحيائه ، تضييق على الناس في أملاكهم وطرقهم ، وهذا لا يجوز .

فصل

ويجوز الإحياء من كل من يملك المال ، للخبر ، ولأنه فعل يملك به ، فجاز ممن يملك المال ، كالصيد . ويملك الذمي بالإحياء ، في دار الإسلام لذلك. وقال ابن حامد : لا يملك فيها بالإحياء ، لخبر طاووس . وليس للمسلم إحياء أرض في بلد صولح الكفار على المقام فيه ، لأن الموات تابع للبلد ، فلم يجز تملكه عليهم ، كالعامر .

فصل

وفي صفة الإحياء ، روايتان . إحداهما : أن يعمر الأرض لما يريدها له ، ويرجع في ذلك إلى العرف ، لأن النبي ﷺ أطلق الإحياء ولم يبين ، فحمل على المتعارف . فإن كان يريدها للسكنى ، فإحياؤها بحائط جرت عادتهم بالبناء به وتسقف ، فإنها لا تصلح للسكنى ، إلا بذلك ، وإن أرادها حظيرة لغنم ، أو حطب ، فبحائط جرت العادة بمثله ، وإن أرادها للزرع ، فبسوق الماء إليها من نهر ، أو بئر . ولا يعتبر حرثها ، لأنه يتكرر كل عام ، فأشبه السكنى ، ولا يحصل الإحياء به لذلك ، وإن كانت أرضاً يكفيها المطر ، فإحياؤها بتهيئتها للغرس والزرع ، إما بقلع أشجارها ، أو أحجارها ، أو تنقيتها ونحو ذلك مما يعد إحياءً . وإن كانت من أرض البطائح ، فإحياؤها بحبس الماء عنها ، لأن إحياءها بذلك ، ولا يعتبر في الإحياء للسكنى نصب الأبواب ، لأن السكنى ممكنة بدونه . والرواية الثانية : التحويط إحياء لكل أرض ، لما روى سمرة أن النبي ﷺ قال : « من احاط حائطاً على أرض فهي له » رواه أبو داود . ولأن الحائط حاجز منيع فكان إحياءً ، كما لو أرادها حظيرة .

فصل

وإذا أحياها ، ملكها بما فيها من المعادن ، والأحجار ، لأنه تملك الأرض بجميع أجزائها ، وطبقاتها ، وهذا منها . وإن ظهر فيها معدن جاز ،

كالقِيْر والنفط والماء ، ففيه روايتان . إحداهما :لا يملكه ، لقول النبي ﷺ : « الناس شركاء في ثلاث : في الماء والكلأ والنار » رواه الخلال . وكذلك الحكم في الكلأ والشجر لقول النبي ﷺ : « لا حمى في الأراك » . والثانية : يملك ذلك كله ، لأنه نماء ملكه ، فملكه كشعر غنمه .

فصل

ومن حفر بئراً في موات ، ملك حريمها ، والمنصوص عن أحمد رضي الله عنه : أن حريم البئر البدي خمسة وعشرون ذراعاً من كل جانب . ومن سبق إلى بئر عادية ، فاحتفرها ، فحريمها خمسون ذراعاً من كل جانب ، لما روي عن سعيد بن المسيب أنه قال : السنة في حريم البئر العادي خمسون ذراعاً ، والبدي خمسة وعشرون ذراعاً . رواه أبو عبيد في « الأموال » . وروى الخلال والدار قطني عن النبي ﷺ نحوه ، وقال القاضي : حريمها ماتحتاج إليه في ترقية الماء منها ، كقدر مدار الثور ، إن كان بدولاب ، وقدر طول البئر إن كان بالسواني ، وحمل التحديد في الحديث ، وكلام أحمد رضي الله عنه على المجاز . والظاهر خلافه ، فإنه قد يحتاج إلى حريمها لغير ترقية الماء ، لموقف الماشية ، وعطن الإبل ونحوه . وأما العين المستخرجة، فحريمها مايحتاج إليه صاحبها ، ويستضر بتملكه عليه وإن كثر . وحريم النهر : مايحتاج إليه ، لطرح كرايته ، وطريق شاويه ، وما يستضر صاحبه بتملكه عليه ، وإن كثر .

فصل

ومن تحجر مواتاً وشرع في إحيائه ولم يتم ، فهو أحق به ، لقول النبي ﷺ : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به » رواه أبو داود . فإن نقله إلى غيره ، صار الثاني أحق به ، لأن صاحب الحق آثره به . فإن مات ، انتقل إلى وارثه ، لقول رسول الله ﷺ : «من ترك حقاً، أو مالاًفهو لورثته». وإن باعه لم يصح ، لأنه لم يملكه ، فلم يصح بيعه ، كحق الشفعة ، ويحتمل جواز بيعه ، لأنه صار أحق به . فإن بادر إليه غيره فأحياه ، لم يملكه في أحد الوجهين ، لمفهوم قوله عليه السلام: « من سبق الى مالم يسبق إليهمسلم فهو أحق به». ولأن حق المتحجر أسبق ، فكان أولى ، كحق الشفيع مع المشتري.والثاني: يملكه ، لأنه أحيا أرضاً ميتة ، فيدخل في عموم الحديث ، ولأن الإحياء يملك به ، فقدم على التحجر الذي لا يملك به . وإن شرع في الإحياء وترك ، قال له السلطان : إما أن تعمر ، وإما أن ترفع يدك ، لأنه ضيق على الناس في حق مشترك ، فلم يمكن منه ، كالوقوف في طريق ضيق . فإن سأل الإمهال، أمهل مدة قريبة ، كالشهرين ونحوهما، فإن انقضت ولم يعمر ، فلغيره إحياؤها، وتملكها كسائر الموات .

فصل

وإذا كان في الموات معدن ظاهر ينتفع به المسلمون ، كالملح ، وعيون

الماء والكبريت والكحل والقار ، ومعادن الذهب والفضة والحديد ومقالع الطين ونحوها ، لم يجز لأحد إحياؤها . ولا تملك بالإحياء . فعن أبيض بن حمال أنه وفد إلى النبي ﷺ ، فاستقطعه الملح ، فقطعه له، فلما أن ولى قال رجل من المجلس : أتدري ما أقطعت له ؟ إنما أقطعته الماء العدّ قال : فانتزعه منه . قال : وسأله عما يحمى من الأراك . فقال: «مالم تنله أخفاف الإبل» رواه أبو داود والترمذي؛ ولأن هذا مما يحتاج إليه . فلو ملك بالاحتجار ، ضاق على الناس وغلت أسعاره ، وكذلك ما نضب عنه الماء من الجزائر عند الأنهار الكبار . وقال أحمد رضي الله عنه : يروى عن عمر رضي الله عنه : أنه أباح الجزائر وأنا آخذ به ، يعني : ما ينبت فيها ، ولأن البناء فيها يرد الماء الى الجانب الآخر فيضر بأهله ، ولأنها منبت الكلاء والحطب فأشبهت المعادن .

فصل

وكل بئر ينتفع بها المسلمون ، أو عين نابعة ، فليس لأحد احتجارها . لأنها بمنزلة المعادن الظاهرة . ومن حفر بئراً لغير قصد التملك ، إما لينتفع بها المسلمون ، أو ينتفع بها مدة ثم يتركها ، لم يملكها، وكان أحق بها حتى يرحل عنها ويتركها للمسلمين . ومن حفر بئراً للتملك فلم يظهر ماؤها ، لم تملك به ، لأنه ما تم إحياؤها ، وكان كالمتحجر الشارع في الإحياء .

فصل

وإن أحيا أرضاً ، فظهر فيها معدن ، ملكه ، لأنه لم يضيق على الناس به، ولأنه للذي أخرجه . وإن كان الموات أرضاً يمكن فيها إحداث معدن ظاهر ، كشط البحر إذا حصل فيه ماؤه ، صار ملحاً ، ملكه بالإحياء ، لأنه توسيع على المسلمين لا تضييق .

فصل

ومن سبق إلى معدن ظاهر وهو الذي يوصل إلى ما فيه من غير مؤنة ، كالماء والملح والنفط ، أو باطن لا يوصل إلى ما فيه إلا بالعمل ، كمعادن الذهب والحديد ، كان أحق به ، للخبر . فإن أقام بعد قضاء حاجته ، منع منه ، لأنه يضيق على الناس بغير نفع ، فأشبه الوقوف في مشرعة ماء لا يستقى منها . وإن طال مقامه للأخذ ، ففيه وجهان . أحدهما : لا يمنع ، لأنه سبق ، فكان أحق، كحالة الابتداء . والثاني : يمنع ، لأنه يضر كالمتحجر . فإن سبق إليه اثنان يضيق المكان عنهما ، أقرع بينهما ، لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه . وقال بعض أصحابنا : إن كانا يأخذان للتجارة ، هايأه الإمام بينهما . وإن كانا يأخذان للحاجة ، ففيه أربعة أوجه . أحدهما : يهايئاه بينهما . والثاني : يقرع بينهما . والثالث : يقدم الإمام من يرى منهما . والرابع : ينصب الإمام من يأخذ لهما ويقسم بينهما .

فصل

ومن شرع في حفر معدن ولم يبلغ النيل به ، فهو أحق به ، كالشارع في الإحياء ، ولا يملكه، وإن بلغ النيل ، لأن الإحياء، العمارة ، وهذا تخريب ، فلا يملك به ، ولأنه يحتاج في كل جزء إلى عمل ، فلا يملك منه إلا ما أخذ . لكن يكون أحق به ما دام يأخذ . وإن حفر إنسان من جانب آخر ،فوصل إلى النيل ، لم يكن له منعه ، لأنه لم يملكه .

فصل

ويجوز الارتفاق بالقعود في الرحاب والشوارع والطرق الواسعة ، للبيع والشراء ، لاتفاق أهل الأمصار عليه من غير إنكار ، ولأنه إرفاق بمباح من غير إضرار ، فلا يمنع منه ، كالاجتياز . ومن سبق إليه ، كان أحق به ،لقول النبي ﷺ :« منى مناخ من سبق » وله أن يظلل عليه بما لا يضر بالمارة ، لأن الحاجة تدعو إليه من غير ضرر بغيره ، وليس له أن يبني دكة ولا غيرها ، لأنها تضيق ، ويعثر بها العابر . فإن قام وترك متاعه ، لم يجز لغيره أن يقعد ، لان يده لم تزل . وإن أطال القعود ، ففيه وجهان ، سبق توجيهها . وإن سبق إليه اثنان ، ففيه وجهان . أحدهما : يقرع بينهما لتساويهما . والثاني : يقدم الإمام أحدهما ، لأن له نظراً واجتهاداً .

فصل

في القطائع ، وهي ضربان : إقطاع إرفاق ، وهي مقاعد الأسواق والرحاب ، فللإمام إقطاعها لمن يجلس فيها ، فيصير كالسابق إليها ، إلا أنه أحق بها ، وإن نقل متاعه . لأن للإمام النظر والاجتهاد . فإن أقطعه ، ثبتت يده عليه بالإقطاع ، فلم يكن لغيره أن يقعد فيه .

الضرب الثاني : موات الأرض ، فللامام إقطاعها لمن يحييها ، لما روى وائل بن حجر أن رسول الله ﷺ أقطعه أرضاً فأرسل معاوية: أن أعطه إياها. أو أعلمها إياه». رواه الترمذي وصححه. وأقطع بلال بن الحارث المزني، وأبيض بن حمال المازني ، وأقطع الزبير حضر فرسه . رواه أبو داود . وأقطع أبو بكر وعمر وعثمان أصحاب رسول الله ﷺ . ومن أقطعه الإمام شيئاً، لم يملكه، لكن يصير كالمتحجر في جميع ما ذكرنا . ولا يقطع من ذلك إلا ما قدر على إحيائه ، لأن إقطاعه أكثر منه إدخال ضرر على المسلمين بلا فائدة ، وقد روي أن النبي ﷺ : أقطع بلال بن الحارث العقيق ، فلما كان زمن عمر قال له : إن رسول الله ﷺ لم يقطعك لتحتجره على الناس ، فخذ ما قدرت على عمارته ودع باقيه . رواه أبو عبيد في «الأموال» .

فصل

وليس للإمام إقطاع المعادن الظاهرة، لما ذكرنا في إحيائها. قال أصحابنا:

وكذلك المعادن الباطنة ، لأنها في معناها ، ويحتمل جواز إقطاعها ، لما روي أن النبي ﷺ : أقطع بلال بن الحارث معادن القبلية ، جلسيها وغوريها . رواه أبو داود . ولأنه يفتقر في الانتفاع بها إلى المؤن ، فجاز إقطاعه ، كالموات .

فصل في الحمى

لا يجوز لأحد أن يحمي لنفسه مواتاً يمنع الناس الرعي فيه ، لما روى الصعب بن جثامة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا حمى إلا لله ولرسوله » رواه أبو داود . وقال : « الناس شركاء في ثلاث : الماء والكلاء والنار » وللإمام أن يحمي مكاناً لترعى فيه خيل المجاهدين ، ونعم الجزية ، وإبل الصدقة ، وضوال الناس التي يقوم بحفظها ، لأن النبي ﷺ حمى النقيع ، لخيل المسلمين ، ولأن عمر وعثمان رضي الله عنهما حميا ، واشتهر في الصحابة ، فلم ينكر ، فكان إجماعاً . وقال عمر : والله لولا ما أحمل عليه في سبيل الله ، ما حميت من الأرض شبراً في شبر . رواه أبو عبيد . وليس له أن يحمي قدراً يضيق به على الناس ، لأنه إنما جاز للمصلحة ، فلا يجوز ذلك بضرر أكثر منها ، وما حماه النبي ﷺ فليس لأحد نقضه ، ولا يملك بالإحياء ، لأن ما حماه النبي ﷺ نص ، فلا ينقض بالاجتهاد . وما حماه غيره من الأئمة ، جاز لغيره من الأئمة تغييره في أحد الوجهين . وفي الآخر ليس له ذلك ، لئلا ينقض الاجتهاد

بالاجتهاد ، والأول أولى ، لأن الإجتهاد في حماها في تلك المدة دون غيرها ، ولهذا ملك الحامي لها تغييرها . وإن أحياه إنسان ، ملكه ، لأن حمى الأئمة اجتهاد ، وملك الأرض بإحيائها نص ، فيقدم على الاجتهاد .

باب إحكام المياه

وهي ضربان : مباح ، وغيره ، فغير المباح ما ينبع في أرض مملوكة ، فصاحبه أحق به ، لأنه يملكه في رواية ، وفي الأخرى لا يملكه إلا أنه ليس لغيره دخول أرضه بغير إذنه ، وما فضل عن حاجته ، لزمه بذله لسقي ماشية غيره ، لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : « من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ ، منعه الله فضل رحمته » ولا يلزمه الحبل والدلو ، لأنه يتلف بالاستعمال فيتضرر به، فأشبه بقية ماله ، وهل يلزمه بذل فضل مائه لزرع غيره. فيه روايتان . إحداهما : لا يلزمه ، لأن الزرع لا حرمة له في نفسه . والثانية : يلزمه،لما روى إياس بن عبد أن النبي ﷺ نهى عن بيع فضل الماء. رواه أبو داود. وان لم يفضل عنه شيء ، لم يلزمه بذله ، لأن الوعيد على منع الفضل يدل على جواز منع غيره ، ولأن ما يحتاج إليه يستضر ببذله ، فلم يجب بذله كحبله ودلوه .

الضرب الثاني : الماء النابع في الموات ، فمن سبق إلى شيء منه ، فهو

أحق به ، لقول النبي ﷺ « من سبق إلى مالم يسبق إليه مسلم ، فهو أحق به » وإن أراد أن يسقي أرضاً وكان الماء في نهر عظيم لا يستضر أحد بسقيه ، جاز أن يسقي كيف شاء ؛ لأنه لا ضرر فيه على أحد . وإن كان نهراً صغيراً ، أو من مياه الأمطار ، بدىء بمن في أول النهر ، فيسقي ؛ ويحبس الماء حتى يبلغ الكعب ، ثم يرسل إلى الذي يليه ، كذلك إلى الآخر ؛ لما روى عبد الله بن أبي بكر بن عمرو بن حزم : أنه بلغه أن رسول الله ﷺ قال في سيل مهزور ومذينيب « يمسك حتى يبلغ الكعبين ثم يرسل الأعلى إلى الأسفل » . أخرجه مالك في الموطأ . وعن عبد الله بن الزبير أن رجلاً خاصم الزبير في شراج الحرة التي يسقون بها ، فقال النبي ﷺ « اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك فغضب الأنصاري فقال : إن كان ابن عمتك ! فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال : يا زبير اسق ثم احبس الماء حتى يبلغ إلى الجدر » متفق عليه . وشراج الحرة : مسايل الماء ، جمع شرج وهو النهر الصغير . ولأن السابق إلى أول النهر كالسابق إلى أول المشرعة . وإن كانت أرض الأول بعضها أنزل من بعض ، سقى كل واحدة على حدتها . فإن أراد إنسان إحياء أرض على النهر ، بحيث إذا سقاها يستضر أهل الأرض الشاربة منه ، منع منه ، لأن من ملك أرضاً كانت له حقوقها ومرافقها ؛ واستحقاق السقي من هذا النهر من حقوقها ، فلا يملك غيره إبطاله .

فصل

فإن اشترك جماعة في استنباط عين ، اشتركوا في مائها ، وكان بينهم على ما اتفقوا عليه عند استخراجها ، فإن اتفقوا على سقي أرضهم منها بالمهايأة جاز . وإن أرادوا قسمته بنصب حجر ، أو خشبة مستوية في مصدم الماء ، فيها نقبان على قدر حق كل واحد منهما ، جاز ، وتخرج حصة كل واحد منهما في ساقيته منفردة . وإن أراد أحدهما أن يسقي بنصيبه أرضاً لا حق لها في الشرب منه ، فله ذلك ، لأن الماء لا حق لغيره فيه ، فكان له التصرف فيه كيف شاء ، كما لو انفرد بالعين . وفيه وجه آخر ، أنه لا يجوز ، لأنه يجعل لهذه الأرض رسماً في الشرب منه ، فمنع منه ، كما لو كان له داران متلاصقتان في دربين أراد فتح أحدهما إلى الأخرى ، وليس لأحدهما فتح ساقية في جانب النهر قبل المقسم ، يأخذ حقه فيها ، ولا أن ينصب على حافتي النهر رحى تدور بالماء ، ولا غير ذلك ، لأن حريم النهر مشترك ، فلم يملك التصرف فيه بغير إذن شريكه .

فصل

ومن سبق إلى مباح كالسنبل الذي ينتثر من الحصادين ، وثمر الشجر المباح ، والبلح ، وما ينبذه الناس رغبة عنه ، فهو أحق به ، للخبر . فإن استبق إليه اثنان ، قسم بينهما لأنهما اشتركا في السبب ، فاشتركا في المملوك به ، كما لو ابتاعاه .

كتاب الوقف

ومعناه: تحبيس الأصل ، وتسبيل الثمرة . وهو مستحب ، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « إذا مات الانسان انقطع عمله إلا من ثلاث : علم ينتفع به من بعده ، وولد صالح يدعو له ، أو صدقة جارية » رواه مسلم . ويجوز وقف الأرض ، لما روى ابن عمر رضي الله عنهما : أن عمر أتى النبي ﷺ فقال : يارسول الله إني أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالاً قط أنفس عندي منه، فما تأمرني فيها؟ فقال :«إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها،غير أن لا يباع أصلها، ولا يبتاع،ولا يوهب،ولا يورث» قال : فتصدق بها عمر على أن لا يباع ولا يوهب ولا يورث في الفقراء، وذوي القربى،والرقاب،وابن السبيل،والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها،أو يطعم صديقاً بالمعروف،غير متأثل منه أو غير متمول فيه . متفق عليه . ووقف السلاح والحيوان جائز ، لقول النبي ﷺ : « أما خالد فإنه قد احتبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله » متفق عليه . وفي رواية : « واعتده » ويصح وقف كل عين ينتفع بها مع بقاء عينها دائماً ، قياساً على المنصوص عليه . ويصح وقف المشاع ، لأن في حديث عمر أنه أصاب مائة سهم من خيبر ، فأمره النبي ﷺ بوقفها ، وهذا صفة المشاع ، ولأن

القصد تحبيس الأصل ، وتسبيل المنفعة ، وهذا يحصل في المشاع ، كحصوله من المفرز . ويصح وقف علو الدار ، دون سفلها ، وسفلها دون علوها ، لأنهما عينان يجوز وقفهما ، فجاز وقف أحدهما كالدارين .

فصل

ولا يصح وقف مالا ينتفع به مع بقاء عينه ، كالأثمان ، والمأكول والمشروب ، والشمع ، لأنه لا يحصل تسبيل ثمرته مع بقائه ، ولا مايسرع إليه الفساد ، كالرياحين ، لأنها لا تتباقى ، ولا مالا يجوز بيعه، كالكلب ، والخنزير ، ولا المرهون والحمل المنفرد ، ولا أم الولد ، لأن الوقف تمليك ، فلا يجوز في هذه ، كالبيع . ولا يجوز في غير معين ، كأحد هذين العبدين، وفرس، وعبد ، لأنه نقل ملك على وجه القربة ، فلم يصح في غير معين ، كالهبة .

فصل

ولا يصح الوقف إلا على بر ، كالمساجد ، والقناطر ، والفقراء ، والأقارب ، أو آدمي معين، مسلماً كان ، أو ذمياً ، لأنه في موضع القربة ، ولهذا جازت الصدقة عليه ، ولا يصح على غير ذلك ، كالبيع وكتب التوراة ، والإنجيل ؛ لأن هذا إعانة على المعصيه ، ولأن هذه الكتب منسوخة قد بدل بعضها ، وقد غضب النبي ﷺ حين رأى مع عمر شيئاً استكتبه منها ، ولا على

قطاع الطريق ، لأنه إعانة على المعصية . والقصد بالوقف القربة ، ولا على من لا يملك ، كالميت، والملك، والجني ، لأن الوقف تمليك في الحياة ، ولا على عبد، أو أم ولد ، لأنه لا يملك في رواية ، وفي أخرى: ملكه غير لا زم ، والوقف لايجوز أن يكون متزلزلاً ، ولا على حربي أو مرتد ، لأن ملكهما تجوز إزالته، والوقف يجب أن يكون لازماً . ولاعلى غير معين ، كرجل ، أو امرأة ، لأن تمليك غير المعين لا يصح . فإن قيل : فكيف جاز الوقف على المساجد ؟ وهي لا تملك، قلنا: الوقف إنما هو على المسلمين ، لكن عين نفعاً خاصاً لهم .

فصل

ولا يصح تعليقه على شرط مستقبل ، لأنه عقد يبطل بالجهالة ، فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل، كالبيع ، إلا أن يقول : هو وقف بعد موتي، فيصح، ويكون وصية يعتبر خروجه من الثلث ، لأنه تبرع مشروط بالموت فكان وصية ، كما لو قال : إذا مت ، فهذا صدقة للمساكين . وجعل القاضي وأبو الخطاب : تعليق الوقف على الموت كتعليقه على شرط في الحياة ، فلا يصح في الموضعين إلا على قول الخرقي . والأولى التفريق بينهما ، لأن تعليقه بالموت وصية ، فجاز . كما لو قال : إذامت ، فداري لفلان ، أو أبرأته من ديني عليه ، ولا يلزم من جواز ذلك صحة تعليق الهبة والإبراء ، على شرط في الحياة، كذا هاهنا . ولا يجوز الوقف إلى مدة ، لأنه إخراج مال على سبيل القربة ، فلم يجز

إلى مدة ، كالعتق . فإن شرط فيه الخيار ، أو شرط فيه الرجوع إذا شاء ، أو يبيعه إذا احتاج ، أو لم يدخل فيه من شاء ، لم يصح ، لأنه إخراج مال على سبيل القربة ، فلم يصح مع هذه الشروط ، كالعتق .

فصل

وإن شرط أن يأكل منه أيام حياته ، أو مدة يعينها ، فله شرطه . نص عليه أحمد رضي الله عنه . واحتج بما روى حجر المدري ، أن في صدقة رسول الله ﷺ أن يأكل أهله بالمعروف ، غير المنكر ، ولأن عمر رضي الله عنه قال في وقفه : لاجناح على من وليها ، أن يأكل منها ، أو يطعم صديقاً ، وكان الوقف في يده إلى أن مات ، ولأنه لو وقف وقفاً عاماً ، كالسقاية ، والمسجد ، لكان له أن ينتفع منه . كذلك إذا خصه بانتفاعه .

فصل

وإن وقف على نفسه ثم على أولاده ، ففيه روايتان . إحداهما : لا يصح ، لأن الوقف تمليك ، فلم يصح أن يملك نفسه به ، كالبيع . والثانية : يصح ، لأنه لما جاز أن يشترط لنفسه منه شيئاً ، جاز أن يختص به أيام حياته ، كالوصية .

فصل

ولا يكون الوقف ، إلا على سبيل غير منقطع ، كالفقراء ، والمساكين ،

وطلبة العلم ، والمساجد ، أو على رجل بعينه، ثم على مالا ينقطع. فإن وقفه على رجل بعينه وسكت، صح وكان مؤبداً، لأن مقتضاه التأبيد، فحمل فيما سماه على ماشرطه، وفيما سكت عنه على مقتضاه ، ويصير كأنه وقف مؤبد ، أو قدم المسمى على غيره . فإذا انقرض المسمى ، صرف إلى أقارب الواقف ، لأنهم أحق الناس بصدقته ، بدليل قول النبي ﷺ « صدقتك على غير رحمك صدقة ، وصدقتك على رحمك صدقة وصلة » وعنه : أنه يرجع إلى المساكين ، لأنهم مصارف الصدقات المفروضات ، كالزكوات والكفارات . والأول : ظاهر المذهب . وظاهر كلام أحمد والخرقي : أنه يرجع إلى الأغنياء ، والفقراء من أقاربه ، لأن الوقف يستوي فيه الغني والفقير ، ويحتمل أن يختص الفقراء ، لأنهم مصرف الصدقات . ويرجع إلى جميع الورثه في إحدى الروايتين ، لأنه يصرف إليهم ماله عند موته . والثانية : يرجع إلى أقرب عصبة الواقف ، لأنه مصرف ولاء معتقه ، وعليهم عقله ، فخصوا بهذا ، ويكون وقفاً على من رجع اليه ، لأنه إنما صرف اليهم بوقف ملكه له، والوقف يقتضي التأبيد ، فإذا انقرضوا رجع إلى المساكين . وإن لم يكن له أقارب ، رجع إلى المساكين ليعيلهم . ولو جعل الانتهاء مما لا يجوز الوقف عليه ، فقال : وقفت على أولادي ، ثم على البيع، فحكمه حكم ما لم يسم له انتهاء ، لأن ذكر ما لا يجوز كعدمه . وإن قال : وقفت داري ولم يذكر سبلها ، صح في قياس

المذهب ، لأنه إزالة ملك على سبيل القربة ، فصح مطلقاً ، كالعتق . وحكمه حكم منقطع الانتهاء .

فصل

فإن قال : وقفت على هذا العبد ولم يذكر له مالاً ،فهو باطل،لانه منقطع الابتداء والانتهاء. وإن جعل له مالا يجوز الوقف عليه فقال: ثم على المساكين، صح ، لانه جمع فيه بين ما يجوز وما لايجوز ، فصح، كما لو وقفه على أولاده ، ثم على البيع . ويحتمل أن يخرج صحته على الروايتين في تفريق الصفقة . فإن قلنا بصحته وكان من لا يصح الوقف عليه لا يمكن اعتبار انقراضه ، كالميت، والمجهول ، صرف في الحال إلى من يجوز ، لأن ذكر من لا يجوز كعدمه . وإن أمكن اعتبار انقراضه كعبد معين ، احتمل ذلك أيضاً لذلك . واحتمل أن يصرف إلى أقارب الواقف إلى أن ينقرض من لا يجوز الوقف عليه ، ثم يصرف إلى من يجوز ، لان وقفه على من يجوز مشروط بانقراض من لايجوز ، فكان الوقف قبل ذلك لامصرف له، فصرف إلى الأقارب ، كمنقطع الانتهاء .

فصل

ويصح الوقف بالقول والفعل الدال عليه ، مثل أن يبني مسجداً ،ويأذن للناس في الصلاة فيه ، أو مقبرة ويأذن لهم في الدفن فيها ، أو سقاية ويشرع

بابها ، ويأذن في دخولها ، لأن العرف جارٍ به . وفيه دلالة على الوقف ، فجاز أن يثبت به ، كالقول ، وجرى مجرى من قدم طعاماً لضيفانه ، أو نثر نثاراً ، أو صب في خوابي السبيل ماء . فأما القول ، فألفاظه ستة، ثلاثة صريحة، وهي : وقفت، وحبست، وسبلت، متى أتى بواحدة منها ، صار وقفاً، لأنه ثبت لها عرف الاستعمال ، وعرف الشرع بقول النبي ﷺ لعمر رضي الله عنه. « إن شئت حبست أصلها وسبلت ثمرتها » فصارت كلفظ الطلاق فيه . وثلاثة كناية، وهي : تصدقت، وحرّمت، وأبدت، فليست صريحة، لأنها مشتركة بين الوقف وغيره من الصدقات والتحريمات ، فإن قرن بها الوقف ، أو نوى بها لفظاً من الألفاظ الخمسة ، أو حكم الوقف، بأن يقول : صدقة محبسة، أو محرمة ، أو مؤبدة، أو صدقة ، لا تباع ، ولا توهب ، ولا تورث ، صار وقفاً ، لأنه لا يحتمل مع هذه القرائن ، إلا الوقف .

فصل

ولا يجوز التصرف في الوقف بما ينقل الملك في الرقبة ، لقول النبي ﷺ في حديث عمر « لا يباع أصلها ، ولا يوهب، ولا يورث» ولأن مقتضى الوقف التأبيد ، وتحبيس الأصل، بدليل أن ذلك من بعض ألفاظه ، والتصرف في رقبته ينافي ذلك .

فصل

والوقف يزيل ملك الواقف ، لأنه يزيل ملكه عن التصرف في العين والمنفعة ، فأزال ملكه عن الرقبة ، كالعتق ، ويزيل الملك بمجرد لفظه ، لأن الوقف يحصل به . وعنه : لا يحصل إلا بإخراجه عن يده . قال أحمد :الوقف المعروف،أن يخرجه من يده ، ويوكل من يقوم به ، لأنه تبرع ، فلم يلزم بمجرده، كالهبة،والوصية، والأول المشهور ، لحديث عمر رضي الله عنه ، ولأنه تبرع يمنع البيع والهبة والميراث ، فلزم بمجرده كالعتق ، ولا يفتقر إلى قبول ، ويحتمل أنه متى كان على آدمي معين ، افتقر الى القبول ، لأنه تبرع لآدمي معين، أشبه الهبة، فإن لم يقبل ، أو رده، بطل في حقه،ولم يبطل في حق من بعده ، وصار كالوقف على من لا يصح ، ثم على من يصح . وعلى الظاهر من المذهب أنه لا يفتقر إلى القبول ، ولا يبطل برده ، لأنه إزالة ملك على وجه القربة ،أشبه العتق والوقف على غير معين .

فصل

وينتقل الملك في الوقف إلى الموقوف عليه في ظاهر المذهب ، لأنه سبب نقل الملك ، ولم يخرجه عن المالية وجد إلى من يصح تمليكه ، أشبه البيع والهبة. وعنه : لا يملكه ، ويكون الملك لله تعالى ، لأنه حبس للعين، وتسبيل للمنفعة على وجه القربة ، فأزال الملك إلى الله سبحانه كالعتق .

فصل

ويملك الموقوف عليه غلته وثمرته ، وصوفه ولبنه ، لأنه من غلته ، فهو كالثمرة ، ويملك تزويج الأمة ، لأنه عقد على نفعها ، فأشبه إجارتها ، ويملك مهرها ، لأنه بدل نفعها ، أشبه أجرتها . وإن ولدت ، فولدهاوقف معها ، لأن الوقف حكم ثبت في الأم ، فسرى إلى الولد ، كالاستيلاد والكتابة . ولا يملك الموقوف عليه وطأها ، لأن ملكه فيها ضعيف ، ولا يؤمن إفضاؤه إلى إخراجها من الوقف ، فإن وطئها ، فلا حد عليه ، لأنها ملكه ، ولا مهر عليه لذلك . وإن لم تلد منه ، فهي وقف بحالها ، وإن ولدت منه ، فالولد حر ، لأنه من مالكها ، وعليه قيمته يوم وضعه ، لأنه فوت رقه ، ويشتري بها عبداً يكون وقفاً مكانه ، وتصير أم ولد له ، لأنه أحبلها بحر في ملكه ، فإذا مات ، عتقت ، ووجبت قيمتها في تركته حينئذ ، لأنه أتلفها على من بعده ، ويشتري بالقيمة جارية تكون وقفاً مكانها . وإن قلنا : ليست ملكاً له ، لم تصر أم ولد بوطئه .

فصل

وإن أتلف الوقف أجنبي أو الواقف ، أو الموقوف عليه ، فعليه قيمته يشترى بها مثله يقوم مقامه ، لأن الموقوف عليه لا يملك التصرف في رقبته ، إنما له نفعه ، وإن وطئت الجارية بشبهة ، فولدها حر ، وعلى الواطىء قيمته يوم

وضعه ، يشتري بها ما يقوم مقامه . وإن جنى الموقف ، تعلقت جنايته بالموقوف عليه ، لأنه يملكه ، ولم تتعلق بالوقف ، لأن رقبته ليست محلاً للبيع ، فتعلقت بمالكه كأم الولد .

فصل

وتصرف الغلة على ما شرط الواقف من التسوية ، والتفضيل ، والتقديم ، والتأخير ، والجمع ، والترتيب ، وإدخال من أدخله بصفة ، وإخراج من أخرجه بصفة ، لأنه ثبت بوقفه ، فوجب أن يتبع فيه شرطه ، ولأن عمر رضي الله عنه وقف أرضه على الفقراء ، وذوي القربى ، والرقاب ، وابن السبيل ، والضيف ، وجعل لمن وليها أن يأكل منها ، أو يطعم صديقاً . ووقف الزبير على ولده ، وجعل للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضراً بها ، وإذا استغنت بزوج فلا حق لها فيه .

فصل

فإذا قال : وقفت على أولادي ، دخل فيه الذكر منهم والأنثى والخنثى ، لأن الجميع أولاد . وهل يدخل فيه ولد الولد ؟ فيه روايتان . إحداهما : يدخلون ، لأنهم دخلوا في قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم) النساء: ١١ . وفي قوله (وهو يرثها إن لم يكن لها ولد) النساء: ١٧٦ . فعلى هذه الرواية يدخل ولد البنين دون ولد البنات ، لأن ولد البنين هم الذين دخلوا في النص دون ولد البنات .

قال الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأجانب

والثانية : لا يدخل ولد الولد ، لأن ولده حقيقة ولد صلبه،والكلام على حقيقته، إلا أن يقرن به ما يدل على إدخالهم، كقوله: وقفت على أولادي ،لولدالذكور الثلثان ، وولد الإناث الثلث، ونحوه . فإن قال : وقفت على أولادي ، فإذا انقرض أولاد أولادي ، فهو على المساكين ، دخل أولاد الأولاد في الوقف، لأن قرينة اشتراط انقراضهم دليل على أنهم أريدوا به . وقيل : لا يدخلون أيضاً ، لأن اللفظ لا يتناولهم ، بل يكون وقفاً منقطع الوسط ، يصرف بعد أولاده إلى مصرف الوقف المنقطع ، فإذا انقرض أولاد أولاده ، صرف إلى المساكين . وإن وصل لفظه بما يقتضي تخصيص اولاده ، فقال : وقفت على ولدي لصلبي ، أو قال : على أولادي ، ثم على أولادهم ، اختص بالولد وجهاً واحداً ، ومتى كان الوقف على الأولاد مطلقاً ، سوي فيه بين الذكر والانثى والخنثى ، لاقتضاء لفظه التسوية ، كقوله تعالى في ولد الأم (فهم شركاء في الثلث) النساء : ١٢ وإن كان في لفظه تفضيل بعضهم ، فهو كذلك ، وإن كان له حمل ، لم يدخل في الوقف حتى ينفصل ، ثم يستحق ما يحدث من الغلة بعد انفصاله، دون ما كان موجوداً قبله ، كالثمرة المؤبرة ، والزرع المدرك ، لأنه لا يسمى ولداً قبل الانفصال . وإن نفى ولده بلعان ، خرج من الوقف ، لخروجه عن كونه ولداً له .

فصل

وإن وقف على بنيه ، لم يدخل فيه بنت ، ولا خنثى ، لأنه لم يعلم كونه ابناً . وإن وقف على بناته ، لم يدخل فيه ذكر ، ولا خنثى . وإن وقف على ولد فلان أو بنيه أو بناته ، فهو كوقفه على ولد نفسه وبنيه وبناته، إلا أن يقف على بني فلان ، وهم قبيلة كبني هاشم ، فيدخل فيه الذكر والأنثى والخنثى من ولد البنين دون البنات ، لأن هذا الاسم يقع على القبيلة ذكرهم وأنثاهم ، وولد البنات لا يعدون منها .

فصل

وإن وقف على أولاده وأولاد أولاده ، دخل في الوقف أولاده الذكور والإناث والخناثى ، وأولادهم الذكور والإناث والخناثى من ولد البنين ،فأما ولد البنات ، فقال الخرقي : لا يدخلون ، لأنهم لم يدخلوا في قوله سبحانه (يوصيكم الله في أولادكم) النساء : ١١ . ولا يدخلون في الوقف على ولد فلان وهم قبيلة ، فلا يدخلون هاهنا ، ولأنهم إنما ينسبون إلى قبيلة آبائهم دون قبيلة أمهاتهم . وقال أبو بكر ابن حامد : يدخلون في الوقف ، لأنهم أولادأولاده. فإن قال : وأولاد أولادي المنتسبين إلي ، لم يدخلوا وجهاً واحداً . وإن قال : لولد الذكر سهمان ، ولولد الأنثى سهم ، دخلوا فيه ، لأنه صرح بدخولهم . ولو وقف على قوم بأعيانهم ، ثم على أولادهم ، وكانوا ذكوراً وإناثاً ، دخل

أولاد الإناث في الصحيح ، لأن اللفظ تناولهم ، كتناوله ولد البنين ، وإن كان جميعهم إناثاً ، دخل فيه أولادهن ، لأن لفظه نص فيهم .

فصل

وإذا شرك بين الولد وولد الولد بالواو ، اشترك الجميع فيه ، وإن رتب فقال : على أولادي ، ثم على أولادهم، أو قال : الأعلى فالأعلى ، أو الأقرب فالأقرب ، وجب ترتيبه . وإن رتب بطنين ، ثم شرك بين الباقين ، أو شرك بين بطنين ، ثم رتب الباقين ، فهو على ما شرطه ، وكيفما شرط فالأمر عليه ، لأن الوقف ثبت بلفظه ، فوجب أن يتبع مقتضاه .

فصل

وإن وقف على قرابته ، أو قرابة فلان ، فهو لولده وولد أبيه ، وجده وجد أبيه الذكر والأنثى . ولا يعطى من بعد ذلك ، ولا قرابته من جهة أمه شيئاً ، لأن الله تعالى جعل خمس الخمس لذوي قربى النبي ﷺ ، فأعطى النبي ﷺ قرابته إلى بني هاشم ، ولم يتجاوزهم ، ولم يعط بني زهرة شيئاً . ويحتمل أن يعطي كل من عرف قرابته من الجهتين ، لأن الاسم واقع عليهم لغة وعرفا. وعنه : إن كان يصل قرابته من جهة أمه في حياته ، دخلوا فيه ، وإلا فلا، لأن صلته لهم في حياته تدل على إرادتهم بصلته هذه . وإن وجدت قرينة لفظية، أو حالية تدل على إرادتهم أو حرماتهم ، عمل عليه ، وأهل بيته بمثابة

قرابته . وقال الخرقي : إذا أوصى لأهل بيته ، أعطي من قبل أبيه وأمه .

فصل

وإن وقف على أقرب الناس إليه ، وله أبوان وولد ، فهم سواء فيه ، لأن كل واحد منهم يليه في القرب من غير حاجز ، ولأنه جزء والده ، وولده جزؤه ، ويحتمل تقديم الابن لتقديمه في التعصيب . وإن عدم بعضهم ، فهو للباقين ، ويقدم كل واحد من هؤلاء على من سواهم ، لأن سواهم يدلي بواسطة. وإن عدموا ، فهو لولد الابن ، أو الجد أبي الأب الأقرب منهم فالأقرب ، فإن عدموا فهو للأخوة ، لأنهم ولد الأب ، ويقدم الأخ من الأبوين ، ويسوى بين الأخ من الأب ، والأخ من الأم ، وكذلك الأخوات ، فإن عدموا صرف إلى بنيهم على ترتيب آبائهم ، ويسوى بين الأخ والجد لاستوائهما في الميراث ، ولأن الجد أبو الأب ، والأخ ولد الأب ، ويحتمل تقديم الجد ، لأن له ولاية ، وهو أقوى في الميراث ، وقيل يقدم الأخ ، لأنه ابن الأب ، فيكون أقوى من أبيه ، لقوة تعصيبه ، فإن لم يكن له إخوة ، فهو للأعمام ، ثم بنيهم على ترتيب الميراث . وإن وقف على جماعة من أقرب الناس إليه ، صرف إلى ثلاثة منهم ، فإن كان بعضهم أقرب من بعض ، استوفي ما أمكن من الأقرب ، وتمم الباقي من الأبعد ، لأنه شرط العدد والأقرب ، فوجب أعتبارهما . وإن استوى جماعة في القرب ، أعطي الجميع لتساويهم .

فصل

وإن وقف على عترته فهم عشيرته وولده، قاله: ابن قتيبة وقال ابن الأعرابي وثعلب: هم ذريته، والأول أولى، لأنه يروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال: نحن عترة النبي ﷺ . وإن وقف على مواليه ، وله موال من فوق ، وموال من أسفل ، فهو لجميعهم ، لأن الاسم يشملهم حقيقة . وإن وقف على زيد وعمرو والفقراء ، فهو لجميعهم، لأنه جعله لثلاث جهات، فوجب قسمته أثلاثاً . وإن وقف عليهما ، ثم على الفقراء فلهما الثلثان ، وللفقراء الثلث ، فمن مات منهما ، رجع نصيبه إلى صاحبه ، فإذا ماتا ، رجع إلى الفقراء ، لأنه جعله لهم مشروطاً بانقراضهما .

فصل

وإن وقف نخلة فيبست ، أو جذوعاً فتكسرت ، جاز بيعها ، لأنه لا نفع في بقائها ، وفيه ذهاب ماليتها ، فكانت المحافظة على ماليتها ببيعها أولى، لأنه لا يجوز وقف مالا نفع فيه ابتداء ، فلا يجوز استدامة وقفه ، لأن ما كان شرطاً لابتداء الوقف ، كان شرطاً لاستدامته كالمالية . وإذا بيعت ، صرف ثمنها في مثلها، وإن حبس فرساً في سبيل الله، فصارت بحيث لا ينتفع بها فيه ، بيعت ، لما ذكرنا ، وصرف ثمنها في حبيس آخر . وإن وقف مسجداً فخرب ، وكان في مكان لا ينتفع به ، بيع، وجعل في مكان ينتفع به ، لما ذكرنا . وكل

وقف خرب بيع ، واشتري بثمنه مايرد على أهل الوقف . وإن وقف على ثغر فاختل صرف إلى ثغر مثله ، لأنه في معناه .

فصل

وينفق على الوقف من حيث شرط الواقف ، لأنه لما اتبع شرط الواقف في سبيله كذلك في النفقة عليه ، فإن لم يشرط النفقة عليه ، أنفق عليه من غلته ، لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا بالنفقة عليه ، فإن لم يكن له غلة ، أنفق عليه الموقوف عليه ، لأنه ملكه .

فصل

وينظر في الوقف من حيث شرط الواقف ، لأن عمر رضي الله عنه : جعل النظر في وقفه إلى حفصة ابنته ، ثم إلى ذوي الرأي من أهلها ، ولأن سبله إلى شرطه ، فكذلك النظر فيه . وإن لم يشرط الناظر ، ففيه وجهان . أحدهما : ينظر فيه الموقوف عليه ، لانه ملكه ، وغلته له ، فكان نظره إليه كالمطلق . والثاني : إلى حاكم البلد ، لانه يتعلق به حق الموقوف عليه ، وحق من ينتقل إليه ، ففوض الأمر فيه إلى الحاكم فإن جعله إلى اثنين من أفاضل ولده ، جعل إليهما ، فإن لم يوجد فيهما إلا فاضل واحد ، ضم الحاكم إليه آخر ، لأن الواقف لم يرض بنظر واحد .

فصل

وإن اختلف أرباب الوقف فيه ، رجع إلى الواقف ، لأن الوقف ثبت بقوله ، فإن لم يكن، تساووا فيه ، لأن الشركة ثبتت،ولم يثبت التفضيل ، فوجبت التسوية ، كما لو شرك بينهم بلفظه .

بَابُ الهِبَة

وهي التبرع بتمليك مال في حياته ، وهي مستحبة ، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : «تهادوا تحابوا ». وهي أفضل من الوصية ، لما روى أبو هريرة قال : سئل رسول الله ﷺ : أي الصدقة أفضل ؟ قال : « أن تصدق وأنت صحيح شحيح ، تأمل الغنى، وتخشى الفقر ،ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت : لفلان كذا ولفلان كذا » رواه مسلم . وهبة القريب أفضل ، لقول رسول الله ﷺ «الرحم شجنة من الرحمن، فمن وصلها وصله الله، ومن قطعها قطعه الله». وفي هبة القريب صلتها . ولا يجوز تفضيل بعض ولده على بعض في العطية ، لما روى النعمان بن بشير قال : تصدق عليَّ أبي ببعض ماله ، فقالت أمي عمرة بنت رواحة : لا أرضى حتى تشهد عليها رسول الله ، فجاء أبي إلى رسول الله ﷺ ليشهده على صدقتي ، فقال : « أكلَّ ولدك أعطيت مثله ؟ » قال : لا . قال : «فاتقوا الله، واعدلوا بين أولادكم» قال: فرجع أبي، فرد تلك الصدقة رواه مسلم. وفي

لفظ « لاتشهدني على جور » رواه أحمد . فسماه جوراً ، والجور حرام ، ولأن ذلك يوقع العداوة ، وقطيعة الرحم ، فمنع منه ، كنكاح المرأه على عمتها ، فإن فعل فعليه التسوية بأحد أمرين : إما رد عطية الأول ، أو إعطاء الآخر مثله ، لأن النبي ﷺ أمره برده ، وأمره يقتضي الوجوب. فإن مات ، ولم يسو بينهم، ففيه روايتان . إحداهما : يثبت ذلك لمن وهب له ، ويسقط حق الرجوع ، اختاره الخرقي ، لأنه حق للأب ، يتعلق بمال الولد ، فسقط بموته ، كالأخذ من ماله . والثانية : يجب رده ، وهذا اختيار ابن بطة وصاحبه أبي حفص ، لأن النبي ﷺ سماه جوراً ، والجور يجب رده بكل حال ، والتسوية المأمور بها القسمة بينهم على قدر مواريثهم ، لأنه تعجيل لما يصل إليهم بعد الموت ، فأشبه الميراث .

فصل

فإن خص بعض ولده لغرض صحيح ، من زيادة حاجة ، او عائلة ، أو اشتغاله بعلم ، أو لفسق الآخر وبدعته ، فقد روي عن أحمد رضي الله عنه مايدل على جوازه ، لقوله في تخصيص بعضهم بالوقف : لا بأس به إذا كان على سبيل الحاجة ، وأكرهه إذا كان على سبيل الأثرة . ووجه ذلك ، ما روي أن أبا بكر رضي الله عنه قال لعائشة : كنت قد نحلتك جذاذ عشرين وسقاً ، ووددت

أنك حزتيه ، وإنما هو اليوم إلى الوارث ، وانما هما أخواك وأختاك .ويحتمل المنع، لأن النبي ﷺ لم يستفصل بشيراً .

فصل

والأم كالأب في التسوية بين الأولاد ، لأنهـا أحد الأبوين ، فأشبهت الأب . ولا تجب التسوية بين سائر الوراث ، لأن النبي ﷺ علم أن لبشير زوجة ، فلم يأمره بإعطائها ، حين أمره بالتسوية بين الأولاد .

فصل

وما جاز بيعه من مقسوم ، أو مشاع ، أو غيره ، جازت هبتـه ، لأنـه عقد يقصد به تمليك العين ، فأشبه البيع . وتجوز هبة الكلب ، ومايباح الانتفاع به من النجاسات ، لأنه تبرع ، فجاز في ذلك ،كالوصية . ولا يجوز في مجهول، ولا معجوز عن تسليمه ، ولا في المبيع قبل قبضه ، لأنه عقد يقصدبه التمليك في الحياة ، أشبه البيع . ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل لذلك . والحكم في الإيجاب والقبول فيها ،كالحكم في البيع على ما ذكر في بابه .

فصل

ولا يثبت الملك للموهوب له في المكيل إلا بقبضه ، لحديث أبي بكر رضي الله عنه. وروي عن عمر رضي الله عنه نحوه . فإن مات الموهوب له قبل القبض ، بطلت ، لأنه غير لازم ، فيبطل بالموت كالشركة. وإن مات الواهب ،

فعنه مايدل على أن الهبة تبطل لذلك ، وهو قول القاضي . وقال أبو الخطاب : لا تبطل ، لأنه عقد مآله إلى اللزوم ، فلا يبطل بالموت ، كبيع الخيار . ويقوم الوارث في التقبيض والفسخ ، فإذا قبض ، ثبت الملك حينئذ . والخيرة في التقبيض إلى الواهب ، لأنه بعض ما يثبت به الملك ، فكانت الخيرة فيه إليه ، كالإيجاب . ولا يجوز القبض الا بإذنه ، لأنه غير مستحق عليه ، فإن قبض بغير إذنه ، لم تتم الهبة . وإن أذن ، ثم رجع قبل القبض ، أو مات بطل الإذن .

فصل

وأما غير المكيل والموزون ، ففيه روايتان . إحداهما : لا تتم هبته إلا بالقبض ، لأنها نوع هبة ، فلم تتم قبل القبض ، كالمكيل والموزون . والثانية : تتم قبل القبض ، لما روي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما قالا : الهبة إذا كانت معلومة ، فهي جائزة ، قبضت أو لم تقبض ، ولأن الهبة أحد نوعي التمليك ، فكان منها ما يلزم قبل القبض ، كالبيع ، وقد ذكرنا اختلاف تفسير أصحابنا للمكيل والموزون في البيع . وإن كان الموهوب في يد المتهب ، لم يحتج إلى قبض ، لأن قبضه مستدام ، وهل يفتقر إلى إذن في القبض ؟ فيه روايتان . وذكر القاضي : أنه لابد من مضي مدة يتأتى قبضه فيها كما ذكرنا في الرهن .

فصل

فإن وهب لابنه الصغير شيئاً ، وقبضه له ، صح ولزم ، لأنه وليه ،فكان له القبض ، كما لو كان الواهب أجنبياً ، ويكون حكم القبض حكمه فيما إذا وهب له رجل شيئاً في يده ، لأنه في يد الاب .

فصل

والهبة المطلقة لا تقتضي ثواباً ، سواء كانت من مماثل أو أعلى أو أدنى ، لانها عطية على وجه التبرع ، فلم تقتض ذلك كالصدقة . وإن شرط ثواباًمعلوماً صح ، وكانت بيعاً يثبت فيها الخيار والشفعة ، وضمان العهدة ، وحكي عن أحمد رواية ثانية : أنه يغلب فيها حكم الهبة ، فلا تثبت فيها أحكام البيع المختصة به . وإن شرط ثواباً مجهولاً ، احتمل أن لا يصح ، لأنه عوض مجهول في معاوضة ، فلم يصح كالبيع . وعنه : أنه يصح ويعطيه ما يرضيه أو يردها ، ويحتمل أن يعطيه قيمتها ، فإن لم يفعل فللواهب الرجوع ، لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : من وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها . قال أحمد : إذا تغيرت العين الموهوبة بزيادة أو نقصان ، ولم يثبه منها ، فلا أرى عليه نقصان ما نقص ، إلا أن يكون ثوباً لبسه ، أو جارية استخدمها أو استعملها ، فإن اختلفا ، فقال : وهبتك ببدل ، فأنكر الآخر ، فالقول قول المنكر ، لأنه ادعى عليه بدلاً الأصل عدمه .

فصل

وإن وهب لغير ولده شيئاً ، وتمت الهبة ، لم يملك الرجوع فيه ، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « العائد في هبته كالعائد في قيئه » متفق عليه. وروى ابن عباس ان النبي ﷺ قال : « لا يحل لرجل أن يعطي عطية ، ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده » رواه الترمذي ، وقال : حديث حسن . وإن وهب الرجل لولده ، فله الرجوع للخبر . ولأن النبي ﷺ أمر بشيراً برد ما وهب لولده النعمان . ولأن الاب لا يتهم في رجوعه ، لأنه لا يرجع إلا لضرورة ، أو إصلاح الولد . وليس للجد الرجوع ، لان الخبر يتناول الوالد حقيقة ، وليس الجد في معناه ، لانه يدلي بواسطة، ويسقط بالأب ، ولا تسقط الاخوة، فأما الام فيحتمل أن لا رجوع لها، لانه لا ولاية لها على ولدها، بخلاف الاب، ويحتمل أن لها الرجوع ، لأنها أحد الابوين ، فأشبهت الاب ، ولانه يجب عليها التسوية بين ولدها في العطية ، فأشبهت الاب . والهبة والصدقة سواء في ذلك، بدليل أن في حديث النعمان بن بشير : فرجع أبي ، فرد تلك الصدقة . وعن أحمد رضي الله عنه: ليس للأب الرجوع في هبته أيضاً، لعموم قوله ﷺ : « العائد في هبته كالعائد في قيئه » .

فصل

وللرجوع في الهبة شروط أربعة .أحدها : أن تكون باقية في ملكه ،

لأن الرجوع فيها بعد خروجها عن ملكه إبطال لملك غيره ، فإن عادت إلى الابن بفسخ العقد ، فله الرجوع فيها ، لانه عاد حكم العقد الاول ، وإن عادت بسبب آخر ، فلا رجوع له ، لانه ما استفاد هذا الملك بسبب أبيه.

الثاني : أن يكون تصرف الابن فيها باقياً . فإن استولد الامة أو رهنها ، أو حجر عليه لفلس ، سقط الرجوع لما فيه من إسقاط حق الغرماء والمرتهن، ونقل الملك فيما لا يقبل النقل . فإن زال الحجر والرهن، فلهالرجوع لزوال المانع .

الثالث : أن لا يزيد زيادة متصلة، كالسمن والتعلم ، فإن زادت ففي الرجوع روايتان . كالروايتين في الرجوع على المفلس ، وإن كانت منفصلة ، لم يمنع الرجوع ، والزيادة للابن ، لأنها نماء منفصل في ملكه ، فكانت له كنماء المبيع المعيب .

الرابع : أن لا يتعلق بها رغبة لغير الولد ، نحو أن يرغب الناس في تزويجه ، فيزوجوه من أجلها أو يداينوه ، فإن تعلقت بها رغبة ، ففيه روايتان إحداهما: لا رجوع فيها ، لأنه إضرار بالغير ، فلم يجز كالرجوع فيها بعد فلس الابن . والثانية : له ذلك ، لعموم الحديث ، ولأن حق الغير لم يتعلق بهذا المال ، أشبه ما لو لم يتزوج .

فصل

وللأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء مع غناه وحاجته بشرطين . أحدهما : ان لا يجحف بالابن ، ولا يأخذ ما تعلقت به حاجته . الثاني : أن لا يأخذ من مال أحد ولديه، فيعطيه الآخر، لأن تفضيل أحد الولدين غير جائز، فمع تخصيص الآخر بالاخذ منه أولى ، فإذا وجد الشرطان ، جاز الأخذ ، لقول النبي ﷺ « أنت ومالك لابيك » رواه سعيد ،وابن ماجه ، وعن عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ : « إن أطيب ما أكلتم من كسبكم، وإن أولادكم من كسبكم » رواه سعيد، والترمذي،وقال : حديث حسن. ولانه يتصرف في مال ولده الصغير بغير تولية ، أشبه مال نفسه ، وليس للابن مطالبة أبيه بدين له عليه لما ذكرنا . قال احمد رضي الله عنه: واذا مات بطل دين الابن . قال بعض أصحابنا : يعني ما أخذه على سبيل التملك ، فأما إن أخذه على غير ذلك ، رجع الابن في تركته ، وليس للأم الأخذ من مال ولدها بغير إذنه ، ولا للجد ، ولا سائر الأقارب ، لعدم الخبر فيهم ، وامتناع قياسهم على الأب ، لما بينهما من الفرق ، ويحتمل أن يجوز للأم لدخول ولدها في عموم قوله : أولادكم .

فصل

وإن تصرف الأب في مال ابنه قبل تملكه ، لم يصح تصرفه ، نص عليه

أحمد ، فقال : لا يجوز عتقه لعبد ابنه ما لم يقبضه . وكذلك إبراؤه من دينه وهبته لماله، لأن ملك الابن باق عليه ، بدليل صحة تصرفه فيه ،ووطئهلجواريه، وجريان الربا بينه وبين أبيه ، فأشبه مال الأجنبي . وإن وطىء الأب جارية ابنه قبل تملكه، فلا حد عليه للشبهة ، وإن لم تلد ، فهي على ملك الابن ، وإن ولدت ، فولده حر ، وتصير أم ولد له .

فصل في العمرى

وهي أن يقول : أعمرتك هـــذه الدار حياتك ، أو جعلتها لك عمرك ، أو عمري . ولها ثلاث صور . أحدها : أن يقول : أعمرتك هذه الدار حياتك ، ولعقبك من بعدك ، فهذه هبة صحيحة ، لقول رسول الله ﷺ « من أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حياً وميتاً »رواه أحمد ومسلم. الثانية : أن يقول : أعمرتكها حياتك . ولم يزد ، ففيها روايتان . إحداهما : هي كالأولى للخبر ، وجاء في لفظ : قضى رسول الله ﷺ بالعمرى لمن وهبت له . متفق عليه . ولأن الأملاك المستقرة كلها مقدرة بحياة المالك ، وتنتقل إلى الورثة ، فلم يكن تقديره بحياته منافياً لحكم الإملاك . والثانية : يرجع بعد موته الى المعمر ، لما روى جابر قال : إنما العمرىالتي أجازها رسول الله ﷺ أن يقول : هي لك ولعقبك ، فأما إذا قال : هي لك ما عشت ، فإنها ترجع إلى صاحبها . متفق عليه . الثالثة : أن يقول مع ذلك : فإذا مت عادت إليّ إن كنت حياً، أو

إلى ورثتي ، والرقبى مثل ذلك، إلا أنه يقول : إن مت قبلي ، عادت إلي ، وإن مت قبلك ، فهي لك . أو يقول : أرقبتك داري هذه . وقال مجاهد : هي أن يقول للآخر : مني ومنك موتاً ، ففيها روايتان . إحداهما : هي لازمة لاتعود إلى الأول ، لعموم الخبر الأول ، ولقول رسول الله ﷺ «لا ترقبوا، فمن أرقب شيئاً فهو له حياته وموته » ولأنه شرط أن يعود إليه بعدما زال ملكه ، فلم يؤثر ، كما لو شرطه بعد لزوم العقد . والثانية : ترجع إلى المعمر والمرقب ، لحديث جابر ، ولقول رسول الله ﷺ « المؤمنون عند شروطهم » وتصح العمرى والرقبى في العقار والثياب والحيوان ، لأنها نوع هبة ، فجازت في ذلك كله ، كسائر الهبات . ولو شرط في الهبة شرطاً منافياً لمقتضاه ، نحو أن يقول : وهبتك هذا بشرط أن لا تبيعه ، أو بشرط أن تبيعه أو تهبه ، فسد الشرط . وفي صحة العقد وجهان ، بناء على الشروط الفاسدة في البيع ، وإن قيدها ، فقال : وهبتكها سنة ، لم يصح ، لأنه عقد ناقل للملك في الحياة ، أشبه البيع، والله اعلم.



كتاب الوصايا

الوصية : هي التبرع بعد الموت ، وهي مستحبة لمن ترك خيراً ، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم زيادة في حسناتكم » . رواه ابن ماجه . وليست واجبة ، لأنها عطية لا تجب في الحياة، فلا تجب بعد الموت ، كالزائد على الثلث . وحكي عن أبي بكر أنها واجبة للأقارب غير الوارثين ، لظاهر قوله تعالى (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين) البقرة:١٨٠ والمستحب فيها الإيصاء بالخمس . وقال القاضي وأبو الخطاب : يستحب لمن كثر ماله الوصية بالثلث لما ذكرنا في الحديث ، ووجه ما ذكرنا ما روى عامر بن سعد عن أبيه قال : مرضت مرضاً أشفيت منه على الموت ، فأتاني رسول الله ﷺ يعودني، فقلت: يا رسول الله لي مال كثير ، وليس يرثني إلا ابنتي ، أفأوصي بمالي كله ؟ قال : لا . قلت : فبالثلثين ؟ قال : لا . قلت : فبالشطر ؟ قال : لا . قلت : فبالثلث قال : « الثلث والثلث كثير ، إنك أن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » متفق عليه . يعني يطلبون الناس بأكفهم . فاستكثر الثلث مع إخباره إياه بكثرة ماله ، وقلة عياله . قال ابن عباس : وددت لو أن

الناس غضوا من الثلث ، لقول رسول الله ﷺ « والثلث كثير » متفق عليه . وأوصى أبو بكر بالخمس ، وقال : رضيت لنفسي بما رضي الله به لنفسه . وقال علي : لأن أوصي بالخمس أحب إلي من أن أوصي بالثلث . أما قليل المال ذو العيال ، فلا تستحب له الوصية ، لقول النبي ﷺ «إنك أن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» .

فصل

ويستحب لمن رأى موصياً يحيف في وصيته أن ينهاه ، لنهي النبي ﷺ سعداً عن الزيادة على الثلث . وقال بعض أهل التفسير في قوله تعالى : (وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافاً) النساء : ٩ . هو أن يرى المريض يحيف على ولده فيقول له : اتق الله ولا توص بمالك كله.

فصل

ولا يجوز لمن له وارث الوصية بزيادة على الثلث ، لنهي النبي ﷺ سعداً عن ذلك ، فإن فعل ، وقف الزائد على الثلث على إجازة الورثة. فإن أجازوه ، جاز . وإن ردوه بطل بغير خلاف ، ولأن الحق لهم ، فجاز بإجازتهم ، وبطل بردهم . وظاهر المذهب أن الإجازة صحيحة . وإجازة الورثة تنفيذ ، لأن الإجازة تنفيذ في الحقيقه . ولا خلاف في تسميتها إجازة، فعلى هذا يكتفى فيها بقوله: أجزت، ومايؤدي معناه . وإن كانت عتقاً ، فالولاء

للموصي يختص به عصباته . وقال بعض أصابنا : الوصية باطلة ، والإجازة هبة يفتقر إلى لفظها، وولاء المعتقين لجميع الورثة ، وللمجيز إذا كان أباً للموصى له ، الرجوع فيها ، لأن النبي ﷺ نهى عنها ، والنهي يقتضي الفساد ، ولأنه أوصى بمال غيره فلم يصح ،كالوصية بما استقر ملك وارثه عليه . ولا يعتبر الرد والإجازة إلا بعد الموت ، لأنه لا حق للوارث قبل الموت ، فلم يصح إسقاطه ، كإسقاط الشفعة قبل البيع . فأما من لا وارث له ، ففيه روايتان إحداهما : تجوز وصيته بماله كله، لأن النهي معلل بالإضرار بالورثة، لقوله ﷺ : «إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » والثانية: الوصية باطلة ، لأن ماله يصير للمسلمين ، ولا مجيز منهم .

فصل

وإن أوصى بجزء من المال ، فأجازها الوارث ، ثم قال : إنما أجزتها ظناً مني أن المال قليل ، قبل قوله مع يمينه ، لأنه مجهول في حقه ، فلم تصح الإجازة فيه . ويحتمل أن لا يقبل، لأنه رجوع عن قول يلزمه به حق، فلم يقبل، كالرجوع عن الإقرار . وإن وصى بعبد ، فأجازه ، ثم قال : ظننت المال كثيراً فأجزته لذلك ، ففيه أيضاً وجهان . وقيل : يصح هنا وجهاً واحداً ، لأن العبد معلوم .

فصل

ويعتبر خروجه من الثلث بعد الموت ، لأنه وقت لزوم الوصية واستحقاقها . فلو وصى بثلث ماله ، وله ألفان، فصار عند الموت ثلاثة آلاف، لزمت الوصية في الألف . وإن نقصت فصارت ألفاً ، لزمت الوصية في ثلث الألف . وإن وصى ولا مال له ، ثم استفاد مالاً ، تعلقت الوصية به . وإن كان له مال ، ثم تلف بعضه بعد الموت ، لم تبطل الوصية .

بابُ من تصحُّ وَصيّته وَالوصيّةُ له ومن لا تصِحّ

من ثبتت له الخلافة ، صحت وصيته بها ، لأن أبا بكر أوصى بها لعمر رضي الله عنهما ، ووصى عمر إلى أهل الشورى ، ولم ينكره من الصحابة منكر . ومن ثبتت له الولاية على مال ولده ، فله أن يوصي إلى من ينظر فيه ، لما روى سفيان بن عيينة عن هشام بن عروة قال: أوصى إلى الزبير تسعة من أصحاب رسول الله منهم ، عثمان ، والمقداد ، وعبد الرحمن بن عوف ، وابن مسعود ، فكان يحفظ عليهم أموالهم ، وينفق على أبنائهم من ماله . وللولي في النكاح الوصية بتزويج موليته ، فتقوم وصيته مقامه ، لأنها ولاية شرعية، فملك الوصية بها كولاية المال . وعنه : ليس له الوصية بذلك ، لأنها ولاية لها من يستحقها

بالشرع ، فلم يملك نقلها بالوصية ، كالحضانة . وقال ابن حامد: إن كان لها عصبة، لم تصح الوصية بها لذلك . وإن لم تكن صحت ، لعدمه .

فصل

ومن عليه حق تدخله النيابة ، كالدين والحج والزكاة ورد الوديعة ، صحت الوصية به ، لأنه إذا جاز أن يوصي في حق غيره ، ففي حق نفسه أولى . ويجوز أن يوصي إلى من يفرق ثلثه في المساكين وأبواب البر ، لذلك .

فصل

ومن صح تصرفه في المال ، صحت وصيته ، لأنها نوع تصرف ، ومن لا تمييز له ، كالطفل والمجنون والمبرسم ، ومن عاين الموت ، لاتصح وصيته ، لأنه لا قول له . والوصية قول ، وتصح وصية البالغ المبذر ، لأنه إنما حجر عليه لحفظ ماله له ، وليس في وصيته إضاعة له ، لأنه إن عاش ، فهو له . وإن مات ، لم يحتج إلى غير الثواب ، وقد حصله . وتصح وصية الصبي المميز لذلك. ولأن عمر أجاز وصية غلام من غسان، وقال أبو بكر : إذا جاوز العشر ، صحت وصيته . رواية واحدة ، ومن دون السبع ، لا تصح وصيته ، ومن بينهما ، ففيه روايتان . ويحتمل أن لاتصح وصية الصبي بحال ، لأنه لايصح تصرفه ، أشبه الطفل ، فأما السكران ، فلا تصح وصيته ، لأنه لا تمييز له ، ويحتمل أن تصح بناء على طلاقه .

فصل

ولا تصح الوصية بمعصية، كالوصية للكنيسة، وبالسلاح لأهل الحرب، لأن ذلك لا يجوز في الحياة فلا يجوز في الممات، وتصح الوصية للذمي، لما روي أن صفية زوج النبي ﷺ: أوصت لأخيها بثلاثمائة ألف، وكان يهودياً، ولأنه يجوز التصدق عليه في الحياة، فجاز بعد الممات. وتصح الوصية للحربي لذلك، ويحتمل أن لا تصح، لأنه لا يصح الوقف عليه.

فصل

ولا تجوز الوصية لوارث، لما روي أن النبي ﷺ قال: «لا وصية لوارث» وهذا حديث صحيح. فإن فعل صحت في ظاهر المذهب، ووقفت على إجازة الورثة، لما روى ابن عباس، أن النبي ﷺ قال: «لا يجوز لوارث وصية، إلا أن يشاء الورثة» فيدل على أنهم إذا شاؤوا، كانت وصية جائزة، وقال بعض أصحابنا: الوصية باطلة، لقول رسول الله ﷺ «لا وصية لوارث» فإن وصى لغير وارث فصار عند الموت وارثاً، لم تلزم الوصية. وإن وصى لوارث فصار غير وارث لزمت الوصية، لأن اعتبار الوصية بالموت.

فصل

ولا تصح الوصية لمن لا يملك، كالميت والملك والجني، لأنه تمليك فلم يصح لهم، كالهبة. وإن وصى لحمل امرأة، ثم تيقنا وجوده حال الوصية، بأن

تضعه لأقل من ستة أشهر منذ أوصى ، أو لدون أربع سنين وليست بفراش ، صحت الوصية ، لأنه ملك بالإرث فملك بالوصية ، كالمولود . وإن وضعته لستة أشهر فصاعدا وهي فراش ، لم تصح الوصية ، لأنه لا يتيقن وجوده حال الوصية . وإن ألقته ميتاً ، لم تصح الوصيه له ، لأنه لايرث . وإن وصى لما تحمل هذه المرأة ، لم يصح ، لأنه تمليك لمن لايملك . وإن قال : وصيت لأحد هذين الرجلين ، لم يصح ، لأنه تمليك لغير معين . وإن قال : أعطوا هذا العبد لأحد هذين؛ صح ، لأنه ليس بتمليك ، إنما هو وصية بالتمليك فجاز ، كما لو قال لوكيله : بع هذا العبد من أحد هذين .

فصل

وإن وصى لعبده بمعين من ماله ، أو بمائه ، لم يصح ، لأنه يصير ملكاً للورثة فيملكون وصيته . وحكي عنه : أن الوصية صحيحة . وإن وصى له بنفسه ، صح وعتق . وإن وصى له بمشاع ، كثلث ماله ، صح وتعينت الوصية فيه ، لأنه ثلث المال ، أو من ثلثه . ومافضل من الثلث بعد عتقه ، فهو له. وإن وصى لمكاتبه ، صح ، لأنه يملك المال بالعقود ، فصحت الوصية له ، كالحر . وإن وصى لأم ولده ، صح ، لأنها حرة عند الاستحقاق . وإن وصى لمدبره ، صح ، لأنه إما أن يعتق كله أو بعضه، فيملك بجزئه الحر . وإن وصى لعبد غيره، كانت الوصية لمولاه ، لأنه اكتساب من العبد فأشبه الصيد ، ويعتبر القبول من

العبد ، فإن قبل السيد ، لم يصح ، لأن الإيجاب لغيره ، فلم يصح قبوله ، كالإيجاب في البيع .

بَابُ مَا تجُوزُ الوصيّةُ به

تصح الوصية بكل ما يمكن نقل الملك فيه ، من مقسوم ، ومشاع ، ومعلوم ، ومجهول ، لأنه تمليك جزء من ماله ، فجاز في ذلك ، كالبيع . وتجوز بالحمل في البطن ، واللبن في الضرع ، وبعبد من عبيده ، وبما لا يقدر على تسليمه ، كالطير في الهواء ، والآبق ، لأن الموصى له يخلف الموصي في الموصى به ، كخلافة الورثة في باقي المال ، والوارث يخلفه في هذه الاشياء كلها ، كذلك الموصى له . وإن وصى بمال الكتابة ، صح لذلك . وإن وصى برقبة المكاتب ، انبنى على جواز بيعه . فإن جاز ، جازت الوصية به ، وإلا فلا . وإن وصى له بما تحمل جاريته ، أو شاته ، أو شجرته ، صح ، لأن المعدوم يجوز أن يملك بالسلم والمساقاة ، فجاز أن يملك بالوصية .

فصل

وتجوز الوصية بالمنافع ، لأنها كالأعيان في الملك ، بالعقد ، والإرث ، فكذلك في الوصية . وتجوز الوصية بالعين دون المنفعة ، وبالعين لرجل ،

والمنفعة لآخر ، لأنهما كالعينين ، فجاز فيهما ماجاز في العينين . وتجوز بمنفعة مقدرة المدة، ومؤبدة ، لأن المقدرة كالعين المعلومة،والمؤبدة كالمجهولة،فصحت الوصية بالجميع .

فصل

وتجوز الوصية بما يجوز الانتفاع به من النجاسات ، كالكلب ، والزيت النجس ، لأنه يجوز اقتناؤه للانتفاع ، فجاز نقل اليد فيه بالوصية . ولا تجوز بما لا يحل الانتفاع به ، كالخمر، والخنزير ، والكلب الذي يحرم اقتناؤه ، لأنه لايحل الانتفاع به ، فلا تقر اليد عليه .

فصل

ويجوز تعليقها على شرط في الحياة ، لأنها تجوز في المجهول ، فجاز تعليقها على شرط ، كالطلاق . ويجوز تعليقها على شرط بعد الموت ، لأن مابعدالموت في الوصية كحال الحياة . وإن قال : وصيت لك بثلثي ، وإن قدم زيد ،فهوله، فقدم زيد في حياة الموصي ، فهو له . وإن قدم بعد موته . فقال القاضي : الوصية للأول ، لأنه استحقها بموت الموصي فلم ينتقل عنه . ويحتمل أنها للثاني، لأنه جعلها له بقدومه وقد وجد .

فصل

وإذا كانت الوصية لغير معين ، كالفقراء،أو لمن لا يعتبر قبوله ، كسبيل

الله ، لزمت بالموت ، لأنه لا يمكن اعتبار القبول ،فسقط اعتباره . وإن كانت لآدمي معين ، لم تلزم إلا بالقبول ، لأنها تمليك ، فأشبهت الصدقة . ولا يصح القبول إلا بعد الموت ، لأن الإيجاب لما بعده ، فكان القبول بعده . فإذا قبل ، ثبت له الملك حينئذ ، لأن القبول يتم به السبب ، فلم يثبت الملك قبله ، كالهبة . ويحتمل أنه موقوف . ان قبل ، بنينا أنه ملكه من حين الموت ، لأن ما وجب انتقاله بالقبول ، وجب انتقاله من جهة الموجب بالإيجاب ، كالبيع والهبة ، والمذهب الأول . فما حدث من نماء منفصل قبل القبول ، فهو للوارث . وإن وصى لرجل بزوجته،فأولدها قبل القبول ، فولده رقيق للوارث. وعلى الاحتمال الثاني ، يكون النماء للموصى له ، وولده حر .

فصل

وان رد الوصية في حياة الموصي، لم يصح الرد ، لأنه لا حق له في الحياة، فلم يملك إسقاطه ، كالشفيع قبل البيع . وان ردها بعد الموت قبل القبول ، صح، لأن الحق ثبت له فملك إسقاطه ، كالشفيع بعد البيع . وإن رد بعد القبول، لم يصح الرد ، لأنه ملك ملكا تاماً فلم يصح رده ، كالعفو عن الشفعة بعد الأخذ بها . فإن لم يقبل ولم يرد ، فللورثة مطالبته بأحدهما . فإن امتنع ، حكمنا عليه بالرد ، لأن الملك متردد بينه وبين الورثة ، فأشبه من تحجر مواتاً وامتنع من إحيائه ، أو وقف في مشرعة ماء يمنع غيره ، ولا يأخذ .

فصل

فإن مات الموصى له قبل موت الموصي ، بطلت الوصية ، لأنه مات قبل استحقاقها . فإن مات بعده قبل القبول ، فكذلك في قياس المذهب ،واختيار ابن حامد ، لأنه عقد يفتقر إلى القبول ، فبطل بالموت قبل القبول، كالهبة، والبيع . وقال الخرقي : يقوم الوارث مقام الموصى له في القبول والرد ، لأنه عقد لازم من أحد طرفيه فلم يبطل بموت من له الخيار ، كعقد الرهن . فإذا قبل الوارث ، ثبت الملك له ، فلو وصى لرجل بأبيه ، فمات الموصى له قبل القبول ، فقبل ابنه ، وقلنا بصحة ذلك ، فإن الملك ينتقل إلى الموصى له بموت الموصي ، ورث الموصى به من أبيه السدس ، لأنا تبينا أنه كان حراً. وإن قلنا : لا ينتقل إلا بالقبول ، لم يرث شيئاً ، لأنه كان رقيقاً .

بَابُ مَا يُعتَبرُ مِن الثلث

ما وصي به من التبرعات ، كالهبة والوقف والعتق والمحاباة ، اعتبر من الثلث،سواء كانت الوصية في الصحة ، أو المرض، لأن لزوم الجميع بعدالموت. وعنه : أن الوصية في الصحة من رأس المال ، والأول أصح . فأما الواجبات ، كقضاء الدين والحج والزكاة ، فمن رأس المال ، لأن حق الورثة بعد أداء الدين، لقوله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين) النساء : ١١ . وقال علي رضي

الله عنه: إن رسول الله ﷺ قضى أن الدين قبل الوصية. رواه الترمذي. والواجب لحق الله بمنزلة الدين، لقول النبي ﷺ «دين الله أحق أن يقضى» فإن وصى بها مطلقاً، أو من رأس ماله، فهي من رأس ماله، فإن قال: أخرجوها من ثلثي، أخرجت من الثلث، وتممت من رأس المال. فإن كان معها وصية بتبرع، فقال القاضي: يبدأ بالواجب، فإن فضل عنه من الثلث شيء، فهو للموصى له بالتبرع، فإن لم يفضل شيء، سقط، إلا أن يجيز الورثة. ويحتمل أن يقسم الثلث بين الوصيين بالحصة، فما بقي من الواجب، تمم من الثلثين، فيدخله الدور، ويحتاج إلى العمل بطريق الجبر، فتفرض المسألة فيمن وصى بقضاء دينه وهو عشرة، ووصى لآخر بعشرة، وتركته ثلاثون، فاجعل تتمة الواجب شيئاً، ثم خذ ثلث الباقي وهو عشرة إلا ثلث شيء، قسمها بين الوصيين، فحصل لقضاء الدين خمسة إلا سدس شيء، إذا أضفت إليها الشيء المأخوذ كان عشرة، فاجبر الخمسة من الشيء بسدسه، يبقى خمسة دنانير وخمسة أسداس شيء تعدل عشرة، فالشيء ستة، وحصل لصاحب الوصية الأخرى أربعة.

فصل

فأما عطيته في صحته، فمن رأس ماله، لأنه مطلق في التصرف في ماله، لا حق لأحد فيه. وإن كان في مرض غير مخوف، فكذلك، لأنه في حكم الصحيح. وإن كان مخوفاً اتصل به الموت، فعطيته من الثلث، لما روى عمران

ابن حصين : أن رجلاً أعتق ستة أعبد له عند موته ، لم يكن له مال غيرهم ، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ ، فدعاهم فجزأهم ثلاثة أجزاء ، فأقرع بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة ، وقال له قولاً شديداً . رواه مسلم . ولأنه في هذه الحال لا يأمن الموت ، فجعل كحال الموت . فإن برىء ثم مرض ومات ، فهو من رأس المال ، لأنه ليس بمرض الموت . وإن وهب ما يعتبر قبضه وهو صحيح ، وأقبضه وهو مريض ، اعتبر من الثلث ، لأنه لم يلزم إلا بالقبض الذي وجد في المرض .

فصل

والمرض المخوف، كالطاعون، والقولنج، والرعاف الدائم ، والإسهال المتواتر ، والحمى المطبقة ، وقيام الدم، والسل في انتهائه ، والفالج في ابتدائه، ونحوها . وغير المخوف ، كالجرب ووجع الضرس، والصداع اليسير ، والحمى اليسيرة ، والإسهال اليسير من غير دم ، والسل قبل تناهيه، والفالج إذا طال . فأما الأمراض الممتدة فإن اضني صاحبها على فراشه ، فهي مخوفة ، وإلا فلا . وقال أبو بكر : فيها وجه آخر أنها مخوفة على كل حال ، فإن أشكل شيء من هذه الأمراض ، رجع إلى قول عدلين من أهل الطب ، لأنهم أهل الخبرة به .

فصل

وإذا ضرب الحامل الطلق، فهو مخوف ، لأنه من أسباب التلف، وما قبل ستة أشهر فهي في حكم الصحيح . فإذا صار لها ستة أشهر ، فقال الخرقي: عطيتها من الثلث ، لأنه وقت لخروج الولد ، وهو من أسباب التلف . وقال غيره :هي كالصحيح ، لأنه لا مرض بها . وإن وضعت الولد وبقيت معها المشيمة، أو حصل مرض، أو ضرَبان ، فهو مخوف ، وإلا فلا . ومن كان بين الصفين حال التحام الحرب ، أو في البحر في هيجانه ، أو أسير قوم عادتهم قتل الأسرى ، أوقدم للقتل، أو حبس له، أو وقع الطاعون ببلده، فعطيته من الثلث، لأنه يخاف الموت خوف المريض وأكثر ، فكان مثله في عطيته . قال أبو بكر : وفيه رواية أخرى : أن عطاياهم من جميع المال ، لأنه لا مرض بهم .

فصل

فأما بيع المريض بثمن المثل ، وتزويجه بمهر المثل ، فلازم من جميع المال، لأنه ليس بوصية ، إنما الوصية التبرع ، وليس هذا تبرعاً . وإن حابى في ذلك ، اعتبرت المحاباة من الثلث ، لأنها تبرع . وإن كاتب عبده ، اعتبرت من الثلث ، لأن ما يأخذه عوضاً من كسب عبده، وهو مال له ، فصار كالعتق بغير عوض. وإن وهب له من يعتق عليه، فقبله ، عتق من المال كله ، لانه لم يخرج من ماله شيئاً بغير عوض . وإن مات ، ورثه ، لأنه ليس بوصية .

فصل

وإن عجز الثلث عن التبرعات ، قدمت العطايا على الوصايا، لأنهاأسبق، فإن عجز الثلث عن العطايا ، بدىء بالأول فالأول،عتقاًكان أو غيره ،لأن السابق استحق الثلث ، فلم يسقط بما بعده.وإن وقعت دفعة واحدة ، تحاصوا في الثلث ، وأدخل النقص على كل واحد بقدر عطيته ، لأنهم تساووا فيالحق، فقسم بينهم كالميراث . وعنه : أن العتق يقدم ، لأنه آكد ، لكونه مبنيا على التغليب والسراية . فإن كان العتق لأكثر من واحد ، أقرع بينهم فكمل العتق في بعضهم ، لحديث عمران ، ولأن القصد تكميل الأحكام في العبد،ولا يحصل إلا بذلك . وإن قال : إن أعتقت سالماً ، فغانم حر ، ثم أعتق سالماً ، قدم على غانم ، لأن عتقه أسبق . وإن قال : إن أعتقت سالماً فغانم حر مع حريته ، فكذلك ، لأننا لو أعتقنا غانماً بالقرعة ، لرق سالم ، ثم بطل عتق غانم ، لأنه مشروط بعتق سالم ، فيفضي عتقه إلى بطلان عتقه . وإن كانت التبرعات وصايا ، سوي بين المتقدم والمتأخر ، لأنها توجد عقيب موته دفعة واحدة، فتساوت كلها .

فصل

وإذا عتق بعض العبد بالقرعة ، تبينا أنه كان حراً من حين الإعتاق ، فيكون كسبه له . وإن عتق بعضه ، ملك من كسبه بقدره . فلو أعتق عبداً

لا يملك غيره - قيمته مائة - فكسب في حياة سيده مـــائة ، عتق نصفه ، وله نصف كسبه ، ويحصل للورثة نصفه، ونصف كسبه ، وذلك مثلا ماعتق منه ، فطريق عملها أن يقول : عتق منه شيء وله من كسبه شيء،وللورثةشيئان،فيقسم العبد وكسبه على أربعة أشياء ، فيخرج للشيء خمسون ، وهو نصف العبد .
ولو كسب مثلي قيمته،لقلت:عتق منهشيء،وله من كسبه شيئان ،وللورثة شيئان ، فيعتق منه ثلاثة أخماسه ، وله ثلاثة أخماس كسبه ، وللورثة الخمسان

فصل

وإن وهب المريض مريضاً عبداً قيمتـه عشرة لا يملك غيره ، ثم وهبه الثاني للأول ، ولا يملك غـــيره ، فقد صحت هبة الأول في شيء ، وصحت هبة الثاني في ثلث ذلك الشيء ، بقي له ثلثاشيء ، ولورثة الأول شيئان، ابسط الجميع أثلاثا ، تكن ثمانية ، والشيء ثلاثة ، فلورثة الأول ستة هي ثلاثة أرباع العبد ، ولورثة الثاني ربعه .

فصل

ولو تزوج المريض امرأة صداق مثلها خمسة ، فأصدقها عشرة لا يملك غيرها ، فماتت قبله، ثم مات ، فقد صح لها بالصداق خمسة وشيء ، وعاد إلى الزوج نصف ذلك ديناران ونصف، ونصف شيء ، فصار لورثته سبعة ونصف، إلا نصف شيء ، تعدل شيئين ، اجبرها بنصف شيء ، تصر شيئان ونصف ،

تعدل سبعة ونصفان ، ابسطها ، تصر خمسة،تعدل خمسة عشر.فالشيء إذاًثلاثة، فلورثة الزوج ستة ، ولورثتها ، أربعة .

فصل

وإن باع المريض عبداً لا يملك غيره ، قيمته ثلاثون ، بعشرة ، فأسقط الثمن من قيمته ، ثم انسب ثلث العبد كله إلى الباقي من ثمنه ، يكن نصفه ، فيصح البيع في نصفه بنصف ثمنه . ولو اشتراه بخمسة عشر ، كانت نسبة الثلث إلى باقيه بثلثين ، فيصح البيع في ثلثه بثلثي ثمنه .

فصل

ومن وصى لرجل بثلث ماله ومنه حاضر وغائب وعين ودين، فللموصى له ثلث العين الحاضرة ، وللورثة ثلثاها ، وكلما اقتضى من الدين شيء ، أو حضر من الغائب شيء ، اقتسموه أثلاثاً ، لأنهم شركاء فيه . وإن وصى بمائة حاضرة وله مائتان غائبة ، أو دين ، ملك الموصى له ثلث الحاضرة ، وله التصرف فيه في الحال ، لأن الوصية فيه نافذة ، فلا فائدة في وقفه، ووقف ثلثاها ، فكلما حضر من الغائب شي أخذه الوارث ، واستحق الموصى له من الحاضرة قدر ثلثه . وإن تلفت الغائبة ، فالثلثان للورثة ، وكذلك لو دبر عبده ومات وله دين مثلاه ، عتق ثلثه ، ووقف ثلثاه لما ذكرناه .

فصل

وإن وصى له بمنفعة عبد سنة ، ففي اعتبارها من الثلث وجهان . أحدهما : تقوّم المنفعة سنة ، ويقوّم العبد مسلوب المنفعة سنة على الوارث . والثاني : يقوّم العبد كامل المنفعة، ويقوّم مسلوب المنفعة سنة ، فيعتبر ما بينها . وإن وصى بنفعه حياته ، ففيه وجهان . أحدهما : يقوّم العبد بمنفعته ، ثم يقوّم مسلوب المنفعة ، فما زاد على قيمة الرقبة المنفردة ، فهو قيمة المنفعة . والثاني : يقوّم العبد بمنفعته على الموصى له ، لأن عبداً لا نفع فيه لا قيمة له . وإن وصى لرجل بنفعه ، ولآخر برقبته ، اعتبر خروج العبد بمنفعته من الثلث وجهاً واحداً . وإن وصى له بثمرة شجرة أبداً ، ففي التقويم الوجهان لما ذكرناه .

باب الموصى له

إذا أوصى لجيرانه ، صرف إلى أربعين داراً من كل جانب ، لما روى أبو هريرة ، أن النبي ﷺ قال : « الجار أربعون داراً، هكذا ، وهكذا ، وهكذا، وهكذا » وإن أوصى للعلماء ، فهو للعلماء بالشرع دون غيرهم ، لأنه لا يطلق هذا الاسم على غيرهم ، ولا يستحق من يسمع الحديث ولا معرفة له به ، لأن مجرد سماعه ليس بعلم .

فصل

وإن أوصى للأيتام ، فهو لمن لا أب له غير بالغ ، لأن اليتم فقد الاب مع الصغر ، ولذلك قال النبي ﷺ « لا يتم بعد احتلام » رواه أبو داود . ويدخل فيه الغني والفقير ، لشمول الاسم لهم . والأرامل : النساء غير ذوات الأزواج ، لأن الاسم لا يطلق في العرف على غيرهن ، وتستحق منه الغنية والفقيرة لذلك ، فإن قيل : فقد قال الشاعر :

هذي الأرامل قد قضَّيت حاجتها ... فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر؟

فسمي الذكر أرملاً . قلنا : هذا البيت حجة لنا ، فإنه لم يدخل الذكور في لفظ الأرامل ، إذ لو دخلوا لكان الضمير ضمير الذكور ، فإنه متى اجتمع ضمير المذكر والمؤنث غلب ضمير التذكير، وإنما سمى نفسه أرملاً، تجوزاً، وكذلك وصفه بكونه ذكراً . والعزاب : من لا أزواج لهم من الرجال والنساء. يقال: رجل عزب، وامرأة عزبة. والأيامى مثل العزاب سواء. قال الشاعر:

فإن تنكحي أنكح وإن تتأيمي ... وإن كنت أفتى منكم أتأيم

ويحتمل ان يختص العزاب بالرجال ، والأيامى بالنساء ، لأن الاسم في العرف لهم دون غيرهم، ولأنه لو كان الأيم مشتركا بينهما لا حتيج إلى الفرق بهاء التأنيث، كقائم ، وقائمة، فلما أطلق على المؤنث بغيرها ، دل على اختصاصها به ، كطالق وحائض وشبهها .

فصل

والغلمان والصبيان: الذكور ممن يبلغ ، لأن الاسم في العرف لهم دون غيرهم . والفتيان والشبان: اسم للبالغين إلى الثلاثين. والكهول:من جاوز ذلك إلى الخمسين . وقيل في قوله تعالى (يكلم الناس في المهد وكهلاً) آل عمران:٤٦ هو ابن ثلاثين . والشيوخ : من جاوز الخمسين إلى آخر العمر . والعانس : من الرجال والنساء : من كبر ولم يتزوج . قال قيس بن رفاعة الواقفي :

فينا الذي ما عدا أن طرّ شاربه والعانسون وفينا المرد والشيب

فصل

ومن وصى لصنف من أصناف الزكاة ، صرف إلى من يستحق الزكاة من ذلك الصنف ، ويعطى من الوصية والوقف حسب ما يعطى من الزكاة ، إلا الفقراء والمساكين، فإنه إذا وصى لأحد الصنفين،دخل الآخر في الوصية، لأنهما صنفان في الزكاة ، وصنف في سائر الأحكام ، لشمول الاسم للقسمين . وإن وصى لأقاربه ، أو أهل قريته ، لم يدخل الكافر في الوصية إذاكان الموصي مسلماً ، لأنهم لم يدخلوا في وصية الله تعالى للأولاد بالميراث . وإن كان الموصي كافراً ، لم يدخل المسلم في وصيته في أحد الوجهين لذلك ، ويدخل في الآخر لعموم اللفظ فيه ، وكونه أحق بالوصية له من الكافر .

فصل

فإن وصى لحمل امرأة فولدت ذكراً أو أنثى ، فهما سواء ، لأنه عطيـة فاستوى فيها الذكر والأنثى ،كالهبة . وإن قال : إن ولدت ذكراً ، فله ألف . وإن ولدت أنثى ، فلها مائة . فولدت ذكراً وأنثى ، فلكل واحد منهما ما عين له . وإن ولدت خنثى ، فله مائة ، لأنه اليقين ، ويوقف الباقي حتى يتبين . وإن ولدت ذكرين وأنثيين ، شرك بين الذكرين في الألف ، وبين الانثيين في المائة، لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر . ولو قال : إن كان ما في بطنك ذكـر ، فله ألف . وإن كان أنثى ، فـله مائة ، فولدتْ ذكراً وأنثى ، فلا شيء لواحد منهما ، لأنه شرط أن يكون جميع ما في البطن على هـذه الصفة ولم توجـد .

فصل

ومتى كانت الوصية لجمع يمكن استيعابهم ، لزم استيعابهـم والتسوية بينهم،لأن اللفظ يقتضي التسوية، فأشبه ما لو أقر لهم . وإن لم يمكن استيعابهم؛ صحت الوصية لهم، وجاز الاقتصار على واحد ، لأنه لما أوصى لهم عالماً بتعذر استيعابهم؛علم أنه لم يرد ذلك ، إنما أراد أن لا يتجاوزهم بالوصيـة ، ويحصل ذلك بالدفع إلى واحد منهم ، ويحتمل أن لا يجزىء الدفع إلى أقل من ثلاثة ، بناء على قولنا في الزكاة : ويجوز تفضيل بعضهـم على بعض ، لأن من جـاز

حرمانه جاز تفضيل غيره عليه ، سواء كانت الوصية لقبيلة ، أو أهل بلدة ، أو الموصوفين بصفة، كالمساكين .

فصل

وإن وصى لزيد والمساكين ، فلزيد النصف ، وللمساكين النصف ، لأنه جعلها لجهتين، فوجب قسمها نصفين ، كما لو وصى لزيد وعمرو . وإن وصى لزيد والفقراء والمساكين ، فلزيد الثلث لذلك . وإن وصى لزيد بدينار، وللفقراء بثلاثة وزيد فقير ، لم يعط غير الدينار ، لانه قطع الاجتهاد في الدفع إليه بتقدير حقه بدينار .

فصل

وإن قال : ضع له ثلثي حيث يريك الله ، لم يملك أخذه لنفسه ، لأنه تمليك ملكه بالإذن، فلم يملك صرفه إلى نفسه ، كالبيع، ولا إلى ولده ، ولا إلى والده ، لأنه بمنزلته ، ولهذا منع من قبول شهادته له،ويحتمل جواز ذلك لعموم لفظ الموصي فيهم ، وله وضعها حيث أراه الله ، والمستحب صرفها إلى فقراء أقارب الميت ممن لا يرثه ، لانهم أولى الناس بوصية الميت وصدقته ، ونقل المروذي عن أحمد رضي الله عنه فيمن وصى بثلثه في أبواب البر : يجزىء ثلاثة أجزاء في الجهاد ، وجزء يتصدق به في قرابته ، وجزء في الحج . ويحتمل ان يصرف في أبواب البر كلها ، وهي ، كل مافيه قربة ، لأن لفظه عام ولا نعلم قرينة مخصصة ، فوجب إبقاؤه على العموم .

فصل

إذا وصى بشيء لله ولزيد ، فجميعه لزيد ، لأن ذكر الله تعالى للتبرك باسمه، كقوله سبحانه (واعلمو أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه) الأنفال : ٤١ وإن وصى بشيء لزيد ولمن لا يملك ، كجبريل والرياح والميت ، فالموصى به كله لزيد ، ويحتمل أن له نصف الموصى به،لأنه شريك بينه وبين غيره ، فلم يكن له أكثر من النصف ، كما لوكان شريكه ممن يملك . وإن وصى لزيد وعمرو ، فبان أحدهما ميتاً ، فليس لأحدهما الا نصف الوصية ، لأنه قاصد للتشريك بينهما ، لاعتقاده حياتهما .

باب الوصيّة بالانصباء

إذا وصى لرجل بسهم من ماله ، فحكى فيها الخرقي فيها روايتين . إحداهما : للموصي له السدس ، لأنه يروى عن ابن مسعود ، أن رجلاً وصى لرجل بسهم من ماله ، فأعطاه النبي ﷺ سدس المال . وقال إياس بن معاوية : السهم في كلام العرب السدس ، فإن كان الورثة عصبة ،أعطي سدس جميع المال، والباقي للعصبة ، وإن كانوا ذوي فرض ، أعيلت المسألة بالسدس ، فيصير له السبع ، وإن أعيلت الفريضة ، أعيل سهمه أيضاً ، لأنه ليس بأحسن حالا من الوارث . والثانية ، يعطى سهما مما تصح منه الفريضة مزاداً عليها،لأن وصيته من

الفريضة، فيكون سهماً على سهامها . قال القاضي : ويشترط أن لا يزيد على الثلث ، فإن زاد عليه ، رد إلى السدس . واختار الخلال وصاحبه : أن يعطى أقل سهم من سهام الورثة ، فيكون ذلك بمنزلة الوصية بنصيب وارث .

فصل

وإن وصى له بنصيب، أو حظ، أو جزء من ماله ، أعطاه الورثة ماشاؤوا ؛ لأن كل شيء يقع عليه اسم ذلك .

فصل

وإن وصى له بمثل نصيب أحد ورثته، أعطي مثل ما لأقلهم نصيباً، لأنه اليقين، يزاد ذلك على مسألة الورثة . فإن كان له ابن ، فله النصف ، لأنه سوى بينهما، ولا تحصل التسوية إلا بذلك. وإن كان له ابنان، فللموصى له الثلث. وإن وصى بنصيب أحدهما ، ففيه وجهان. أحدهما: يصح ويكون ذلك كناية عن مثل نصيبه بتقدير حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه . والثاني : لا يصح ، لأن نصيب الابن له، فلا تصح الوصية به ، كما لو وصى بماله من غير الميراث . وإن وصى بمثل نصيب ابنه الكافر ، أو الرقيق ، فالوصية باطلة ، لأنه وصى بمثل نصيب من لا نصيب له .

فصل

وإن وصى له بضعف نصيب ابنه ، فله مثل نصيبه مرتين ، لأن ضعف الشيء مثلاه . وإن وصى له بضعفي نصيب ابنه ، فقال أصحابنا : له ثلاثة أمثاله، وثلاثة أضعافه، وأربعةأمثاله،لأن ضعف الشيء : هو ومثله، وضعفاه: هو ومثلاه . وقال ذلك أبو عبيدة .

واختياري : أن ضعفي الشيء مثلاه ، بمنزلة ضعفه ، لقوله تعالى (فآتت أكلها ضعفين)البقرة:١٦٥ أي : مثلين ، قاله أهل التفسير . وكذلك(يضاعف لها العذاب ضعفين) الأحزاب:١٠ . وقال هشام بن معاوية النحوي : العربي يتكلم بالضعف مثنى ، فيقول: إن أعطيتني درهماً،فلك ضعفاه، أي: مثلاه،قال:وإفراده لا بأس به ، والتثنية أحسن ، فعلى هذا ثلاثة أضعافه : ثلاثة أمثاله .

فصل

وإن وصى لرجل بجزء مقدر من ماله ، كثلث أو ربع ، أخذته من مخرجه ، فدفعته إليه ، وقسمت الباقي على مسألة الورثة ، إن انقسم ، وإلا ضربت مسألة الورثة ، أو وفقها في مخرج الوصية ، فما بلغ ، فمنه تصح . فإن كان أكثر من الثلث ، فأجاز الورثة ، فكذلك ، وإن ردوا ، أعطيت الموصى له الثلث ، وجعلت للورثة الثلثين ، وإن وصى بجزئين ، مثل أن يوصي لرجل بثلث ماله ، ولآخر بنصفه ، أخذت مخرج الوصيتين ، وضربت إحداهما في

الأخرى ، تصير ستة ، فأعطيت صاحب النصف ثلاثة ، وصاحب الثلث سهمين إن أجاز الورثة ، وإن ردوا ، قسمت الثلث بينهما على خمسة ، وضربت ذلك في ثلاثة، تكن خمسة عشر ، للوصيين خمسة ، وللورثة عشرة ، لأن ما قسم متفاضلاً عند اتساع المال ، قسم متفاضلاً عند ضيقه، كالمواريث، وإن أجازوا لأحدهما دون الآخر ضربت مسألة الإجازة في مسألة الرد ، أو وفقها إن وافقت، وأعطيت المجاز له سهامه من مسألة الإجازة مضروبة في مسألة الرد ،أو وفقها، وأعطيت الآخر سهامه من مسألة الرد مضروبة في مسألة الإجازة أو وفقها .ولو وصى لرجل بجميع ماله ، ولآخر بثلثه ، قسمت المال على أربعة ، لصاحب المال ثلاثة ، ولصاحب الثلث سهم ، لأن السهام في الوصايا ، كالسهام في الميراث تعال بالزائد ، وإن لم يجيزوا ، قسم الثلث على أربعة ، فإن أجازوا لصاحب الكل وحده ، فلصاحب الثلث ربع الثلث ، لأن ذلك كان له في حال الرد عليهما ، وفي صاحب المال وجهان . أحدهما : له الباقي كله ، لأنه موصى له به ، وإنما امتنع منه في حال الإجازة لهما ، لمزاحمة صاحبه له ، فإذا زالت المزاحمة في الباقي، كان له . والثاني : ليس له إلا ثلاثة أرباع المال التي كانت له في حال الإجازة لهما، والباقي للورثة ، لأنه من نصيب صاحب الثلث . وإن أجازوا لصاحب الثلث وحده ، ففيه وجهان . أحدهما : له الثلث كاملاً . والثاني : له الربع، ولصاحب المال الربع ، والباقي للورثة ، وإن كثرت السهام ، كرجل أوصى لرجل بالمال ،

ولآخر بنصفه ، ولآخر بثلثه ، ولآخر بربعه ، ولآخر بسدسه ، أخذت مخرجاً يجمع الكسور فجعلته المال ، وهو هنا اثنا عشر ، ثم زدت عليه نصفه وثلثه وربعه وسدسه ، فبلغ الجميع سبعة وعشرين ، فيقسم المال بينهم إن أجيز لهم ، أو الثلث إن رد عليهم .

فصل

فإن وصى لرجل بثلث ماله ، ولآخر بمثل نصيب أحد ورثته ، وهما اثنان ، ففيها وجهان . أحدهما : أن يعطي الثلث لصاحبه ويقسم الباقي بين الاثنين ، والوصي الآخر على ثلاثة ، فتصح المسألة من تسعة ، للموصى له بالثلث ثلثه ، وللآخر سهمان ، ولكل ابن سهمان . وإن ردا ، قسمت الثلث بين الوصيين على خمسة . والوجه الآخر : أن صاحب النصيب موصى له بثلث المال ، لأننا لا نرتب الوصايا بعضها على بعض ، فعلى هذا إن أجيز لهما ، فللوصيين الثلثان ، وللابنين الثلث . فإن ردا ، فالثلث بينهما على اثنين ، والثلثان للابنين . وتصح من ستة . فإن كانت الوصية الأولى بالنصف ، ففيه وجه ثالث . وهو : أن تجعل لصاحب النصيب نصيبه من الثلثين وهو ثلثهما ، ولصاحب النصف النصف إن أجاز الورثة . وإن ردوا ، قسمت الثلث بين الوصيين على ثلاثة عشر سهما ، والثلثان للابنين .

فصل

وإن وصى لرجل بمثل نصيب أحد ورثته ، ولآخر بجزء مما يبقى من المال ، كرجل له ثلاثة بنين أوصى بمثل نصيب أحدهم ، ولآخر بثلث ما بقي ، فعلى الوجه الذي نقول لصاحب النصيب في المسألة التي قبلها ثلث المال ، له هاهنا ربع المال ، ويكون للآخر ربع أيضاً ، يبقي سهمان من أربعة لثلاثة بنين ، وتصح من اثني عشر سهما ، لكل واحد من الوصيين ثلاثة ، ولكل ابن سهمان وإن ردوا عليهما ، قسمت الثلث بين الوصيين نصفين ، والباقي للبنين ، وعلى الوجه الآخر لا يزاد صاحب النصيب على ميراث ابن ، لأنه قصد التسوية بينه وبينهم. ولك في عملها طرق . أحدها : أن تضرب مخرج إحدى الوصيتين في الأخرى، وهو هنا ثلاثة في أربعة ، تكن اثني عشر ، ثم تنقصه سهما يبقى احد عشر ، فمنه تصح . ثم تأخذ مخرج الجزء وهو ثلاثة تنقصها سهما يبقى سهمان وهو النصيب . الطريق الثاني : أن تجعل المال ثلاثة أسهم ونصيباً ، تدفع النصيب إلى صاحبه ، وإلى الوصي الآخر ثلث الباقي سهما ، يبقى سهمان بين البنين لكل واحد ثلثا سهم ، فتعلم أن النصيب ثلثا سهم . فإذا بسطتها أثلاثاً كانت أحد عشر . الطريق الثالث : أن تقول ثلاثة أسهم بقية مال ذهب ثلثه ، فرد عليه نصفه وسهما ، صارت خمسة ونصفاً ، إذا بسطتها ، كانت أحد عشر .

فصل

وإن وصى لرجل بمثل نصيب أحد ورثته ، ولآخر بثلث ما بقي من الثلث ، فاجعل المال تسعة أسهم وثلاثة أنصباء ، ادفع نصيباً إلى صاحبه ، وإلى الآخر سهمان ، وادفع نصيبين الى ابنين ، يبقى ثمانية أسهم للابن الثالث، فتبين أن النصيب ثمانية أسهم ، والمال ثلاثة وثلاثون .

فصل

وإذا كان له مائتا درهم وعبد قيمته مائة ، فأوصى لرجل بثلث ماله ، ولآخر بالعبد ، فقد أوصى بثلثي ماله ، فإن لم يجز الورثة ، رددت وصية كل واحد منهما إلى نصفها ، فلصاحب العبد نصفه ، وللآخر سدس المائتين وسدس العبد ، ويحتمل أن يقتسما الثلث على حسب ما يحصل لهما في الإجازة ، فيكون بينهما على عشرين ، لصاحب العبد تسعة وهي ربع العبد وخمسه ، ولصاحب الثلث أحد عشر وهي سدس المال وسدس عشره . وإن أجازوا لهما،فللموصى له بالثلث ثلث المائتين ، لأنه لا مزاحم له فيهما ، أو يزدحم هو وصاحب العبد فيه ، لأنه قد أوصى لأحدهما بجميعه ، وللآخر بثلثه ، فيقسم بينهما على أربعة ، لصاحبه ثلاثة أرباعه ، ولصاحب الثلث ربعه . فإن أجازوا لصاحب الثلث وحده ، فله ثلث المائتين. وهل يستحق ثلث العبد أو ربعه ؟ على وجهين. ولصاحب العبد نصفه . وإن أجازوا لصاحب العبد وحده ، فلصاحب الثلث

سدس المائتين وسدس العبد، ولصاحب العبد خمسة أسداسه في أحد الوجهين، وفي الآخر ثلاثة أرباعه التي كانت له في حال الإجازة لهما، وباقيه للورثة .

فصل

وإن أوصى بثلث ماله لوارثه وأجنبي، فأجيز لهما، فهو بينهما . وإن رد عليهما، أو على الوارث وحده، فللأجنبي السدس، والباقي للورثة، وإن وصى لكل واحد بثلث ماله، فأجيز لهما، جاز لهما. وإن رد عليهما، فقال القاضي : إن عينوا وصية الوارث بالإبطال، فالثلث كله للأجنبي، وإن أبطلوا الزائد على الثلث من غير تعيين، فالثلث الباقي بين الوصيين . وقال أبو الخطاب : فيها وجهان . أحدهما : أن الثلث كله للأجنبي . والثاني : للأجنبي السدس ويبطل الباقي .

فصل

وإن وصى له بمثل نصيب أحد ورثته إلا جزءاً من المال، مثل أن يوصي لرجل بمثل نصيب أحد بنيه - وهم ثلاثة- إلا ربع المال، فاجعل لكل ابن ربع المال، واقسم الباقي بينهم وبين الموصى له على أربعة لا تنقسم، واضرب عددهم في مخرج الربع تكن ستة عشر، له سهم، ولكل ابن خمسة . وإن قال : إلا سدساً، فضلت كل ابن بسدس، وقسمت الباقي بينهم وبين الوصي على ما ذكرناه .

فصل

وإن وصى له بمثل نصيب أحدهم إلا ربع ما يبقى بعـــد النصيب ، فرضت المال بقدر مخرج الجزء المستثنى ـ وهو أربعة ـ وزدت عليه نصيباً ، واستثنيت من النصيب سهماً رددته على السهام ، صارت خمسة بين البنين ، لكل ابن سهم وثلثان ، فهو النصيب ؛ فتبين أن المال خمسة وثلثان ، إذا بسطتها تكن سبعة عشر ، للموصى له سهمان ، ولكل ابن خمسة . فإن كان أوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ربع الباقي بعد الوصية ، فرضت أقل من مخرج الجزء الموصى به ، وذلك ثلاثة، وزدت نصيباً ، ثم استثنيت من النصيب سهماً ، وزدته على الثلاثة ، صارت أربعة بين البنين ، لكل ابن سهم وثلث ، فتبين أن النصيب سهم وثلث، إذا بسطتها ، صارت ثلاثة عشر سهماً، ومنها تصح .

باب جامع الوصايا

إذا أوصى بعبد من عبيده ، ولا عبيد له، أو بعبده الحبشي ولا حبشي له ، أو بعبده سالم وليس ذلك له ، فالوصية باطلة ، لأنه وصى له بما لا يملك ، أشبه إذا وصى له بداره ولا دار له . وعن أحمد في رجل قال : أعطوا فلاناً من كيسي مائة ولم يكن في الكيس مائة : يعطى مائة درهم ، فلم تبطل الوصية ،

فيخرج هاهنا مثله ، لأنه لما تعذرت الصفة ، بقي أصل الوصية ، فيشترى له عبد . فإن كان له عبيد أعطي واحداً بالقرعة في إحدى الروايتين ، لأنهم تساووا بالنسبة إلى استحقاقه ، فيصار إلى القرعة ، كما لو أعتق واحداً منهم . والثانية : يعطيه الورثة ماشاؤوا من سليم ومعيب ، وصغير وكبير ، لأنه يتناوله الاسم ، فيرجع إلى رأي الورثة ، كما لو وصى له بحظ أو نصيب ، ولا عرف في هبة الرقيق ، فرجع إلى ما يتناوله الاسم ، فإن مات رقيقه قبل موته أو بعده ، بطلت الوصية ، لفوات ماتعلقت الوصية به من غير تفريط . وإن بقي منهم واحد ، تعينت الوصية فيه ، لوجوده منفرداً . وإن قتلوا قبل موت الموصي ، بطلت الوصية ، لأنه جاء وقت الوجوب ، ولا رقيق له . وإن قتلوا بعد موته ، وجبت له قيمة أحدهم ، لأنه بدل ماوجب له ، وإن لم يكن له عبيد حين الوصية ، فاستحدث عبيداً ، احتمل صحة الوصية اعتباراً بحالة الموت ، واحتمل ، أن لا تصح ، لأن ذلك يقتضي من عبيده الموجودين حال الوصية .

فصل

وإن وصى بعتق عبد ، وله عبيد ، احتمل أن يجزىء عتق ما وقع عليه الاسم ، لعموم اللفظ ، واحتمل أن لا يجزىء ، إلا عتق رقبة تجزىء في الكفارة ، لأن للعتق عرفاً شرعياً ، فحملت الوصية عليه . وهل يعتق أحدهم بالقرعة ،

أو يرجع إلى اختيار الورثة ؟ على وجهين . وإن عجز الثلث عن عتق رقبة كاملة ، عتق منها قدر الثلث ، إلا أن يجيز الورثة عتق جميعه . وإن وصى بعتق عبيد ، فلم يخرج من الثلث إلا واحد ، عتق واحد منهم بالقرعة . وإن وصى أن يشترى بثلثه رقاب يعتقون ، فأمكن شراء ثلاث رقاب بثمن رقبتين غاليتين ، فعتق الثلاثة أولى ، لأنه تخليص لثلاثة . وإن اتسع لرقبتين وبعض أخرى ، زيد في ثمن الرقبتين ، لأن النبي ﷺ سئل عن أفضل الرقاب . قال : « أغلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها » وإن قال : أعتقوا أحد رقيقي ، جاز إعتاق الذكر والأنثى والخنثى، لأنه أحد رقيقه، وإن قال: أعتقوا عبداً من عبدي، لم يجزئهم عتق الأنثى ولا الخنثى المشكل ، لأنه لا يعلم كونه ذكراً ، ويجزىء عتق الخنثى المحكوم بذكوريته ، لأنه عبد ، وإن قال : أعتقوا أمة ، لم يجزئهم إلا أنثى .

فصل

وإن قال: أعطوه شاة من غنمي ، فهو كالوصية بعبد من عبيده ، ويتناول الضأن والمعز . وهل يتناول الذكر ؟ فيه وجهان . أحدهما : يتناوله ، لأن الاسم يقع عليه لغة . والثاني : لا يتناوله ، لأنه لا يتناوله الاسم عرفاً . قال أصحابنا : ويتناول الصغيرة ، ويحتمل أن لا يتناولها ، لأنها لا تسمى شاة عرفاً، فإن لم يكن له إلا ذكران، أو صغار ، لم يعط إلا من جنس ماله ، لأنه أضافه إليه ، فاختص به . وإن قال : أعطوه جملاً ، لم يعط إلا ذكراً ، والبعير كالجمل،

لأنه في العرف مختص به . وقال أصحابنا : البعير كالإنسان ، يتناول الذكر والأنثى . وإن قال : أعطوه ناقة ، لم يعط إلا أنثى ، وإن قال: أعطوه ثوراً ، فهو الذكر ، والبقرة هي الأنثى . وإن وصى له برأس من الأبل ، أو البقر ، أو الغنم ، جاز فيه الذكر والأنثى ، لأن ذلك اسم للجنس .

فصل

وإن وصى له بدابة ، أعطي من الخيل ، أو البغال ، أو الحمير ، لأن اسم الدابة يطلق على الجميع ، ويتناول الذكر والأنثى . وإن قال : من دوابي ، تعينت الوصية فيما عنده ، وإن قرن بها مايصرفه إلى أحدها ، تعينت الوصية فيه، فإذا قال : أعطوه دابة يقاتل عليها ، فهي فرس ، وإن قال : ينتفع بنسلها، خرج منها البغال : وإن قال : أعطوه فرساً ، تناول الذكر والأنثى ، وإن قال : حصانا ، فهو الذكر ، وإن قال : حجرة ، فهي الأنثى ، وإن قال : حماراً فهو ذكر ، وإن قال : أتانا ، فهي أنثى .

فصل

وإن وصى بكلب يباح اقتناؤه ، صحت الوصيه ، لأنه فيه نفعاً مباحاً ، وتقر اليد عليه ، والوصية تبرع ، فجازت فيه . وإن لم يكن له كلب ، أو لم يكن إلا كلب هراش ، لم تصح الوصية ، لأنه لا يمكن شراؤه ، وكلب الهراش ، لايباح اقتناؤه . وإن كان له كلاب ينتفع بها، فللموصى له واحد منها،

إلا أن تذكر القرينة على واحد منها بعينه ، من صيد ، أو حفظ غنم ، فيدفع إليه ما دلت القرينة عليه . وإن وصى له بثلاثة أكلب لا مال له سواها ، ردت الوصية إلى ثلثها ، ويعطى واحداً منها بالقرعة في أحد الوجهين ، وفي الآخر يعطيه الورثة أيها شاؤوا ، وإن لم يكن له إلا كلب واحد ، أعطي ثلثه ، وإن كان للموصي مال ، ففيه وجهان . أحدهما : يدفع جميع الكلاب إلى الموصى له ، وإن قل المال ، لأن أقل المال خير من الكلاب الكثيرة ، فأمضيت الوصية ، كما لو وصى له بشاة ، تخرج من ثلثه . والثاني: يدفع إليه ثلث الكلاب ، لأنه لا يجوز أن يكون للوصي شيء إلا وللورثة مثلاه ، ولا يمكن اعتبار الكلب من ثلث المال ، لأنه لا قيمة له فاعتبر بنفسه .

فصل

وإن وصى له بطبل من طبوله ، وله طبول حرب ، أعطي واحداً منها ، فإن لم يكن له إلا طبول لهو ، فالوصية باطلة ، لأنها وصية بمحرم ، وإن كان له طبل لهو وطبل حرب ، أعطي طبل الحرب ، لأن طبل اللهو لا تصح الوصية به ، فهو كالمعدوم . وإن وصى له بعود من عيدانه ، وله عيدان للقسي والبناء، أعطي واحداً منها ، وان لم يكن له الا عيدان لهو ، فالوصية باطلة ، لأنها وصية بمحرم ، وان كان له عيدان للهو ولغيره ، ففيه وجهان . أحدهما :الوصية باطلة ، لأن العود بإطلاقه ينصرف إلى عود اللهو ، ولا تصح الوصية به ،

والآخر : تصح الوصية ويعطى عوداً مباحاً ، لأن الوصية تعينت فيه لتحريم ماسواه ، فأشبه ما لووصى له بطبل ، وله طبل لهو ، وطبل حرب .

فصل

وإن وصى له بقوس وأطلق ، انصرف إلى قوس الرمي بالسهام ، لأنه الذي يفهم من إطلاق القوس ، فإن قال : قوس يرمي عليه ، أو يغزو به ، كان تأكيداً لذلك : وإن قال: يندف به،أو يتعيش به، انصرف إلى قوس الندف . وإن قال : قوساً من قسيي وليس له إلا قسي ندف أو بندق ، أعطي واحداً منها، لأن الوصية تعينت فيه بإضافتها إلى قسيه ، واختصاص قسيه بها . قال القاضي: ويعطى القوس بوتره ، لأنه لا ينتفع به إلا به ، فجرى مجرى جزئه ، ويحتمل أن يعطاه بدون الوتر ، لأن الاسم يقع عليه بدونه .

فصل

وإذا أوصى له بعبد ، ولآخر بباقي الثلث ، دفع العبد إلى صاحبه ، وتمام الثلث للآخر ، فإن لم يبق من الثلث شيء ، بطلت الوصية بالباقي ، لأنه لا باقي هاهنا ، فإن رد صاحب العبد وصيته ، فوصية الآخر بحالها ، فإن مات العبد بعد موت الموصي فكذلك ، ويقوم العبد حال الموت . وإن مات قبل موت الموصي ، قومت التركة بدون العبد ، لأنه معدوم .

فصل

فإن وصى لرجل بمائة ، ولآخر بتمام الثلث ، ولثالث بالثلث ،فأجيز لهم، قسم الثلثان بين الأوصياء على ماذكر الموصي ، فإن كان الثلث مائة ، سقطت وصية صاحب الباقي ، وقسم الثلثان بين الآخرين نصفين ، وإن كان الثلث دون المائة ، فرد الورثة ، قسم الثلث بينهما بالحصة . فإذا كان الثلث خمسين ، قسم أثلاثاً، لصاحب المائة ثلثاها ، وللآخر ثلثها ، وإن كان الثلث أكثر من المائة ، فلم يجز الورثة ، دفع إلى صاحب الثلث نصفه ، وفي باقيه وجهان . أحدهما : يقدم صاحب المائة بها ، فإن فضل عنها شيء دفع إلى صاحب الباقي ، وإلا فلاشيء له ، لأن حقه في الباقي بعد المائة ، فلا يأخذ شيئاً قبل استيفائها ، كالعصبة، لاتأخذ شيئاً قبل تمام الفرض ، ويزاحم صاحب المائة لصاحب الباقي، وإن لم يعطه شيئاً ،كما يعاد ولد الأبوين الجد بولد الأب ، ولا يعطيه شيئاً . والثاني : أن السدس يقسم بين صاحب المائة ، وصاحب الباقي على قدر وصيتها ، فإذا كان الثلث مائتين ، أخذا مائة ، فاقتسماها نصفين ، لأنه إنما أوصى له بالمائة من كل الثلث ، لا من بعضه ، فلم يجز أن يأخذ من نصف الثلث مايأخذه من جميعه ، كالوراث إذا زاحمهم أصحاب الوصايا . وإن بدأ فوصى لرجل بثلث ماله ، ثم وصى لآخر بمائة ، ولآخر بتمام الثلث ، ففيه وجهان . أحدهما : هي كالتي قبلها سواء ، لأنه إذا وصى بتمام الثلث بعد وصيته بالثلث،

علم أنه لم يرد ذلك الثلث الموصى به ، وإنما أراد ثلثاً ثانياً ، فصارت كالتي قبلها . والثاني : أن الوصية بتمام الثلث باطلة ، لأن الثلث قد استوعبته الوصية الأولى، ولا باقي له ، فيكون وجود هذه الوصية كعدمها .

فصل

إذا وصى لرجل بمنفعة جارية ، ولآخر برقبتها ، صح ، ولصاحب المنفعة منافعها ، وأكسابها ، وله إجارتها ، لأنه عقد على منفعتها ، ولا يملك واحد منهما وطأها ، لأن الوطء إنما يكون في ملك تام ، وليس لواحد منهما ملك تام، ولا يملك أحدهما تزويجها لذلك ، فإن اتفقا عليه جاز ، لأن الحق لا يخرج عنهما ، والولي مالك الرقبة ، لأنه مالكها ، والمهر له ، لأنه بدل منفعة البضع التي لا يصح بذلها ، ولا الوصية بها ، وإنما هي تابعة للرقبة ، فتكون لصاحبها . وقال أصحابنا : هو لمالك منفعتها ، لأنه بدل منفعة من منافعها ، فإن أتت بولد، فحكمه حكمها ، لأنه جزء من أجزائها ، فيثبت فيه حكمها ، كولد المكاتبة ،وأم الولد . وإن زنت ، فالحكم في الولد والمهر على ما ذكرنا . وإن وطئت بشبهة ، فالمهر على ما ذكرنا ، والولد حر تجب قيمته يوم وضعه لمالك الرقبة في أحد الوجهين،وفي الآخر: يشترى بها عبد يقوم مقامه . وإن قتلت ، وجبت قيمتها، يشترى بها ما يقوم مقامها . وإن قتل ولدها الرقيق ، فكذلك ، لأن الواجب قائم مقام الأصل، فكان حكمه حكم الأصل.وإن احتاجت إلى نفقة،

احتمل أن تجب على مالك المنفعة ، لأنه يملك نفعها على التأبيد ، فكانت النفقة عليه ، كالزوج . واحتمل أن تجب على صاحب الرقبة ، لأنه مالك رقبتها ، فوجب عليه نفقتها ، كما لو كانت زمنة . واحتمل أن تجب في كسبها ، لأنه تعذر إيجابها على كل واحد منهما ، فلم يبق إلا إيجابها في كسبها، فإن لم يف كسبها، ففي بيت المال ، فإن أعتقها صاحب الرقبة، عتقت، لأنه مالك لرقبتها ، وتبقى منافعها مستحقة لصاحب المنفعة يستوفيها في حال حريتها . وإن باعها، احتمل أن يصح، لأن البيع يقع على رقبتها وهو مالك لها، واحتمل أن لا يصح لأن ما لا نفع له لا يصح بيعه ، كالحشرات . واحتمل أن يصح بيعها لمالك منفعتها دون غيره ، لأنه يجتمع له رقبتها ونفعها بخلاف غيره. فإن وطئها أحد الوصيين، فمن حكمنا له بالمهر ، لا مهر عليه ، ومن لم نحكم له بالمهر، فهو عليه لصاحبه ، ولا حد عليه ، لأن له شبهة الملك فيها .

فصل

ومن أوصي له بشيء ، فتلف بعضه أو هلك ، فله ما بقي إن حمله الثلث . وإن وصى له بثلث ثلاثة دور ، فهلك اثنتان ، فليس له إلا ثلث الباقية ، لأنه لم يوص له منها إلا بثلثها . وإن أوصى له بثلث عبد ، فاستحق ثلثاه ، فجميع الثلث الباقي للموصى له إذا حمله ثلث المال ، لأنه قد أوصى له بجميعه .

فصل

إذا أوصى بعتق مكاتبه ، أو الإبراء مما عليه ، اعتبر من الثلث أقل الأمرين، من قيمته مكاتباً ، أو مال كتابته ، لأن العتق إبراء، والإبراء عتق ، فاعتبر أقلهما ، وألغي الآخر ، فإن احتمله الثلث ، عتق وبرىء ، وإن احتمل الثلث بعضه كنصفه ، عتق نصفه ، وبقي نصفه على الكتابة . وإن لم يكن للموصي سوى المكاتب ، عتق ثلثه في الحال ، وبقي ثلثاه على الكتابة ، إن عجز رق، وإن أدى عتق ، وإن قال : ضعوا عن مكاتبي أكثر ما عليه ، وضع عنه النصف ، وأدنى زيادة ، لأنه الأكثر . وإن قال: ضعوا عنه أكثر نجومه، وضع عنه أكثر من نصفها لذلك . وإن قال : ضعوا عنه أكبر نجومه ، وضع عنه أكثرها مالاً ،وإن قال : ضعوا عنه أوسط نجومه وهي ثلاثة ، وضع الثاني. وإن كانت خمسة،وضع الثالث. وإن كانت أربعة،وضع الثاني والثالث.وعلى هذا القياس.فإن كانت أوسط في القدر، وأوسط في المدة،وأوسط في العدد،فللوارث وضع أي الثلاثة شاء ، لأن الأوسط يقع على الثلاثة . وإن قال: ضعوا عنه ما قل أو كثر ، فللوارث وضع ما شاء ، لأن الاسم يتناوله .

فصل

وإن وصى لرجل بمال الكتابة ، ولآخر برقبته ،صح. فإن أدى ، عتق وبطلت الوصية بالرقبة ، وإن عجز ، رق وكان لمالك الرقبة. وإن كانت الكتابة

فاسدة، فأوصى بما في ذمة المكاتب ، لم يصح ، لأنه لا شيء في ذمته . وإن وصى بما يقتضي منه صحت الوصية ، لأنه أضافه الى حال يملكه ، فصح ، كما لو وصى برقبة المكاتب إذا عجز . وإن وصى له برقبته ، صحت الوصية ، لأنه وصى بمملوكه .

فصل

وإذا قال : حجوا عني بخمسمائة ، وهي تخرج من الثلث ، وجب صرفها كلها في الحج ، وليس للولي أن يصرف إلى من يحج أكثر من نفقة المثل ، لأنه أطلق له التصرف في المعاوضة ، فاقتضى عوض المثل ، كالوكيل في البيع ، ويحج عنه من بلده ، لأن حج المستنيب من بلده ، فكذلك النائب . فإن فضل ما لا يكفي للحج من بلده ، أو كان الموصى به لا يكفي للحج من بلده فقال أحمد : يحج عنه من حيث تبلغ النفقة للراكب من غير مدينته . وعنه : أنه يعان به في الحج . فإن لم يمكن ذلك ، سقطت الوصية لتعذرها . فإن قال الموصي: أحجوا عني حجة بخمسمائة ، صرف جميع ذلك إلى من يحج حجة واحدة ، لأن الموصي قصد إرفاق الحاج بذلك ، فإن عين الحاج ، تعين . فإن أبى المعين الحج ، صرف إلى من يحج عنه نفقة المثل ، والباقي للورثة . فإن قال المعين : أعطوني الزائد ، لم يقبل منه ، لأنه إنما أوصي له بالزيادة بشرط أن يحج ، فإذا لم يحج ، لم يستحق شيئاً . وإن لم يعين أحداً ، فللوصي صرفها

إلى من شاء ، لأنه فوض إليه الاجتهاد فيه . وإن قال الموصي : أحجوا عـــني حجة ، ولم يذكر المقدار ، لم يدفع إلى من يحج عنه إلا قدر نفقة المثل ، إلا أن لا يوجد من يحج بذلك، فيعطى أقل ما يوجد من يحج به، وكذلك إن قال : أحجوا عني ولم يذكر قدر مايحج به ، ولا قدر الحج ، لم يحج أكثر من حجة واحدة بقدر نفقة المثل ، لأنه اليقين .

فصل

وإذا أوصي ببيع عبده ، فالوصية باطلة ، لأنه لا نفع فيها ، وإن قال : بيعوه لفلان ، صحت الوصية ، لأنه قد يقصد نفع العبد باتصاله إلى فلان ، أو نفع فلان باتصال العبد إليه ، فإن أبى الآخر شراءه ، بطلت الوصية . وإن قال : اشتروا عبد زيد بخمسمائة فأعتقوه ، فأبى زيد بيعه بخمسمائة ، أو بيعه بالكلية ، بطلت الوصية . وإن اشتروه بأقل ، فالباقي للورثة ، لأن المقصود قد حصل ، ويحتمل أن تكون الخمسمائة لزيد ، لأنه يحتمل أنه قصد محاباته بذلك ، فأشبه ما لو قال : يحج عـــني فلان بخمسمائة . وإذا أوصى بفرسه في سبيل الله ، وألف درهم ينفق عليه ، فمات الفرس ، فالألف للورثة ، لأن الوصية بطلت فيها ، لعدم مصرفها . وإن أنفق بعضها، رد الباقي إلى الورثة .

بَابُ الرّجُوع في الوصيّة

يجوز الرجوع في الوصية ، لأنها عطية لم تزل الملك، فجاز الرجوع فيها، كهبة ما يعتبر قبضه قبل قبضه . ويجوز الرجوع فيها بالقول والتصرف ، لأنه فسخ عقد قبل تمامه ، فجاز بالقول والتصرف ، كفسخ البيع في الخيار . فإن قال : رجعت فيها، أو: فسختها ، فهو رجوع ، لأنه صريح فيه . وإن قال: هو حرام عليه ،كان رجوعاً ، لأنه لا يكون حراماً وهو وصية . وإن قال : لوارثي ، فهو رجوع ، لأن ذلك ينافي كونه وصية .

فصل

وإن قال :هو تركتي، لم يكن رجوعاً، لأن الموصى به من تركته وإن أوصى به لآخر ، لم يكن رجوعاً ، لاحتمال أن يكون ناسياً ، أو قاصداً للتشريك بينهما. وإن قال:ما وصيت به لفلان،فهو لفلان، كان رجوعاً،لأنه صرح برده إلى الآخر .

فصل

وإن باعه،أو وهبه،أو وصى ببيعه،أو هبته،أو عتقه،أو كاتبه،صار رجوعاً، لأنه صرفه عن الموصى له. وإن دبره كان رجوعاً ، لأنه أقوى من الوصية، لكون عتقه ينجز بالموت. وإن عرضه للبيع ، أو رهنه، كان رجوعاً ، لأنه عرضه لزوال

ملكه، وفي الكتابة والتدبير والرهن وجه آخر ، أنه ليس برجوع، لأنه لم يخرجه عن ملكه .

فصل

وإن وصى بثلث ماله ثم باع ماله، لم يكن رجوعاً، لأن الوصية بثلث ماله عند الموت، لا بثلث الموجود . وإن زوجه أو أجره أو علمه صناعة ، لم يكن رجوعاً ،لأنه لا ينافي الوصية به. وإن وطىء الجارية ،لم يكن رجوعاً ، لأنه استيفاء منفعة أشبه الاستخدام. وإن غسل الثوب أو لبسه،أو جصص الدار، أو سكنها ، لم يكن رجوعاً، لأنه لا يزيل الاسم،ولا يدل على الرجوع. وإن جحد الوصية، لم يكن رجوعاً، لأنه عقد فلم يبطل بالجحود كسائر العقود،ويحتمل أن يكون رجوعاً ، لأنه يدل على إرادة الرجوع .

فصل

وإن وصى بطعام معين فخلطه بغيره، كان رجوعاً ، لأنه جعله على صفة لا يمكن تسليمه .وقال أبو الخطاب : ليس برجوع . وإن وصى بقفيز من صبرة ، ثم خلط الصبرة بأخرى ، لم يكن رجوعاً ، لأنه كان مشاعاً ، ولم يزل، فهو باق على صفته .

فصل

وإن وصى بحنطة فزرعها أو طحنها ، أو بدقيق فخبزه ، أو بخبزفثرده ، أو جعله فتيتاً ، أو بشاة فذبحها ، أو بثوب فقطعه قميصاً ، أو بخشب ثم نجره باباً ، أو بقطن فغزله ، أو بغزل فنسجه، كان رجوعاً ، لأنه أزال اسمه وهيأه للانتفاع به . وقال أبو الخطاب : ليس برجوع ، لأنه لا يمنع التسليم أشبه غسل الثوب . وإن أوصى له بقطن ، ثم حشى به فراشاً ، أو مسامير ، ثم سمر بها باباً، أو بحجر وبناه في حائط ،كان رجوعاً ، لأنه شغله بملكه على وجه الاستدامة. وإن وصى له بعنب فجعله زبيباً ، ففيه وجهان . أحدهما : يكون رجوعاً ، لأنه أزال اسمه . والثاني : ليس برجوع،لأنه أبقى لهوأحفظعلى الموصى له.وإن وصى بدار ثم هدمها ،كان رجوعاً في أحد الوجهين . وفي الآخر : لا يكون رجوعاً، بناء على ما إذا طحن الحنطة ، وإن انهدمت بنفسها فكذلك إذا زال اسمها ، وإن لم يزل اسمها ، فالوصية ثابتة فيما بقي ، وفيما انفصل وجهان .

فصل

وإن وصى بأرض ثم زرعها ، لم يكن رجوعاً ، لأنه لا يراد للبقاء وقد يحصد قبل الموت . فإن غرسها أو بناها ، ففيه وجهان . أحدهما : يكون رجوعاً ، لأنه جعلها لمنفعة مؤبدة . والثاني : لا يكون رجوعاً ، لأنه استيفاء منفعة أشبه الزراعة . وإن أوصى له بسكنى داره سنة ، ثم أجرها

فمات قبل انقضاء الإجارة ، ففيه وجهان . أحدهما : يسكن سنة بعد انقضاء مدة الإجارة ، لأنه موصى له بسنة . والثاني : تبطل الوصية بقدر ما بقي من مدة الإجارة، وتبقى في الباقي .

باب الأوصياء

لا تصح الوصية إلا إلى عاقل ، فأما المجنون والطفل ، فلا تصح الوصية إليهما ، لأنهما ليسا من أهل التصرف في مالهما ، فلا يجوز توليتهما على غيرهما ، ولا تصح الوصية إلى فاسق ، لأنه غير مأمون. وعنه: تصح ويضم إليه أمين ينحفظ به المال. قال القاضي : هذه الرواية محمولة على من طرأ فسقه بعد الوصية، لأنه يثبت في الاستدامة ما لا يثبت في الابتداء. واختار القاضي: أنه إذا طرأ الفسق أزال الولاية. لأن هذه أمانة، والفاسق ليس من أهلها . وقال الخرقي: إذا كان خائناً ، ضم إليه أمين ، لأنه أمكن الجمع بين حفظ المال بالأمين ، وتحصيل نظر الوصي بإبقائه في الوصية ، ولا تصح وصية مسلم إلى كافر ، لأنه ليس من أهل الولاية على مسلم .وفي وصية الكافر ،إلى الكافر وجهان. أحدهما: يجوز، لأنه يجوز أن يكون ولياً له ، فجاز أن يكون وصيا له ، كالمسلم. والثاني: لا يجوز، لأنه أسوأ حالاً من الفاسق ، وتصح وصيته إلى مسلم ، لأن المسلم مقبول الشهادة عليه وعلى غيره .

فصل

وتصح وصية الرجل إلى المرأة ، لأن عمر أوصى إلى حفصة ، ولأنها من أهل الشهادة ، فأشبهت الرجل ، وإلى الأعمى ،لأنه من أهل الشهادة والتصرفات ، فأشبه البصير ، وإلى الضعيف لذلك ، إلا أنه يضم إليه أمين يعينه ، وتصح وصية الرجل إلى أم ولده . نص عليه . لأنها حرة عند نفوذ الوصية . وقال ابن حامد: تصح الوصية إلى العبد ، سواء كان له أو لغيره ، لأنه يصح توكيله، فأشبه الحر ، والمكاتب والمدبر والمعلق عتقه بصفة ، كالقن ، لأنهم عبيد . وفي الوصية إلى الصبي العاقل وجهان. أحدهما :تصح ، لأنه يصح توكيله،فأشبه الرجل. والثاني: لا يصح ، لأنه ليس من أهل الشهادة ، فلا يكون ولياً ، كالفاسق .

فصل

وتعتبر هذه الشروط حال العقد في أحد الوجهين، لأنها شروط لعقد، فاعتبرت حال وجوده، كسائر العقود. والثاني: تعتبر حال الموت ، لأنه حال ثبوت الوصية ولزومها ، فاعتبرت الشروط فيها ،كالوصية له ، ولأن شروط الشهادة تعتبر عند أدائها ، لا عند تحملها ، فكذلك هاهنا . ولو كانت الشروط موجودة عند الوصية ، ثم عدمت عند الموت ، بطلت الوصية إليه ، لأنه يخرج بذلك عن كونه من أهل الولاية .

فصل

ويجوز أن يوصي إلى نفسين ، لما روي أن ابن مسعود كتب في وصيته : إن مرجع وصيتي إلى الله ، ثم إلى الزبير وابنه عبد الله ، ولأنها استنابة في التصرف ، فجازت إلى اثنين ، كالوكالة . ويجوز أن يجعل التصرف إليهما جميعا، والى كل واحد منهما منفرداً ، لأنه تصرف مستفاد بالإذن ، فجاز ذلك فيه، كالتوكيل . فإن جعله الى كل واحد منهما ، فلكل واحد أن ينفرد بالتصرف والحفظ . فإن ضعف أو فسق أو مات ، فالآخر على تصرفه ، ولا يقام غير الميت مقامه ، لأن الموصي رضي بنظر هذا الباقي . وإن جعل التصرف إليهما جميعاً ، أو أطلق الوصية إليهما ، لم يجز لأحدهما الانفراد بالتصرف ، لأنه لم يرض بنظره وحده . وإن فسق أحدهما ، أو جن ، أو مات ، أقام الحاكم مقامه أميناً ، لأن الموصي لم يرض بنظر أحدهما وحده ، وليس للحاكم ، أن يفوض الجميع إلى الباقي لذلك. وإن ماتا معاً ، فهل للحاكم تفويض ذلك إلى واحد ؟ فيها وجهان . أحدهما : يجوز، لأن حكم وصيتهما سقط بموتهما، فكان الامر الى الحاكم ، كمن لم يكن له وصي. والثاني: لا يجوز، لان الموصي لم يرض بنظر واحد. وإن اختلف الوصيان في حفظ المال، جعل في مكان واحد تحت نظريهما ، لأن الموصي لم يرض بأحدهما ، فلم يجز له الانفراد به ، كالتصرف . وإن أوصى إلى رجل ، وبعده إلى آخر ، فهما وصيان ، إلا أن يقول : قد خرجت الأول، أو ما يدل على ذلك ، لما ذكرنا في الوصية له .

فصل

ويجوز أن يوصي إلى رجل ، فإن مات فإلى آخر ، لأن النبي ﷺ قال في جيش مؤتة: «أميركم زيد، فإن قتل فأميركم جعفر، فإن قتل، فأميركم عبدالله ابن رواحة» رواه أحمد والنسائي. والوصية في معنى التأمير. ولو قال: أنت وصيي، فإذا كبر ابني، فهو وصيي ، صح ، لأنه إذن في التصرف ، فجاز موقتاً ، كالتوكيل . ومن أوصي إليه في مدة ، لم يكن وصياً في غيرها ، لذلك . فإذا أوصى إلى رجل وجعل له أن يوصي إلى من شاء ، جاز . وله أن يوصي إلى من شاء من أهل الوصية، لأنه رضي باجتهاده وولاية من ولاه . وإن نهاه عن الإيصاء ، لم يكن له أن يوصي ، كما لو نهى الوكيل عن التوكيل . وإن أطلق ، ففيه روايتان . إحداهما : له أن يوصي ، لأنه قائم مقام الأب فملك ذلك كالأب . والثانية : ليس له ذلك. اختاره أبو بكر ، وهو ظاهر كلام الخرقي، لأنه يتصرف بالتولية، فلم يكن له التفويض من غير إذن فيه ، كالتوكيل .

فصل

وللوصي التوكيل فيما لم تجر العادة أن يتولاه بنفسه ، وهل له التوكيل فيما يتولاه بنفسه؟ على روايتين .

فصل

ولا يتم إلا بالقبول ، لأنه وصية فلا يتم الا بالقبول ، كالوصية له ،

ويجوز قبولها وردها في حياة الموصي ، لأنه إذن في التصرف ، فجاز قبوله عقيب الإذن ، كالوكالة . ويجوز تأخير قبولها الى ما بعد الموت ، لأنه نوع وصية ، فصح قبولها بعد الموت ، كالوصية له .

فصل

وللموصي عزل الوصي متى شاء ، وللوصي عزل نفسه متى شاء في حياة الموصي ، وبعد موته ، لأنه إذن في التصرف ، فملك كل واحد منهما فسخه كالوكالة . وذكر ابن أبي موسى رواية أخرى : ليس للوصي عزل نفسه بعد موت الموصي ، لأنه غره بقبول وصيته ، فعزل نفسه اضرار به ، والضرر مدفوع شرعاً .

فصل

واذا بلغ الصبي فاختلف هو والوصي في النفقة ، فالقول قول الوصي ، لأنه أمين ويتعذر عليه اقامة البينة عليها ، فإذا قال : أنفقت عليك كل سنة مائة ، فقال الصبي: بل خمسين ، فالقول قول المنفق ، اذا كان مادعاه قدر النفقة بالمعروف ، وان كان أكثر ، ضمن الزيادة لتفريطه بها . وان قال: أنفقت عليك منذ سنتين ، فقال الصبي : ما مات أبي الا من سنة ، فالقول قول الصبي ، لأنه لم يثبت كون الوصي أميناً في السنة المختلف فيها ، والأصل عدم ذلك . وان اختلفا في دفع المال إليه بعد بلوغه ، فالقول قول الوصي ، لأنه أمين في ذلك ، فقبل قوله فيه ، كالنفقة ، وكالمودع .

فصل

اذاملك المريض من يعتق عليه. فحكى الحبري عن أحمد أنه يعتق ويرث، لأنه إن ملكهم بغير عوض فلم يضع في عتقهم شي من ماله، فلم يحتسب وصيةلهم، كما لو ورثهم ، وان ملكهم بعوض فلم يصل اليهم ، وانما أتلفه المريض على ورثته، فهو كما لو بنى به مسجـــداً . وقال القاضي فيما ملكه بعوض: ان خرج من الثلث عتق وورث ، وإلا عتق منه بقدر الثلث ، وما ملكه بغير عوض عتق بكل حال .



كتاب الفرائض

وهو علم المواريث. وقد أمر النبي ﷺ بتعلمها ، وحث عليها على الخصوص . فروى أبو هريرة: أن النبي ﷺ قال : « تعلموا الفرائض وعلموه الناس فإنه نصف العلم وهو ينسى، وهو أول شيء ينزع من أمتي» رواه ابن ماجه. فإذا مات المرء ، بدىء بكفنه. وتجهيزه مقدم على ما سواه ، كما يقدم المفلس بنفقته على غرمائه . ثم يقضى دينه ، لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين) النساء: ١١ . قال علي: إن النبي ﷺ قضى أن الدين قبل الوصية. رواه الترمذي وابن ماجه. ولأن الدين تستغرقه حاجته، فقدم، كمؤنة تجهيزه. ثم تنفذ وصيته، للآية، ولأن الثلث بقي على حكم ملكه ليصرف في حاجته ، فقدم على الميراث كالدين، ثم ما بقي قسم على الورثة للآيات الثلاث في سورة (النساء) .

فصل

وأسباب التوارث ثلاثة : رحم ، ونكاح ، وولاء ، لأن الشرع ورد بالتوارث بها ، فأما المؤاخاة في الدين ، والموالاة في النصرة ، وإسلام الرجل على يد الآخر ، فلا يورث بها ؛ لأن هذا كان في بدء الإسلام ثم نسخ ،

لقوله تعالى (وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) الاحزاب : ٦ .

فصل

والمجمع على توريثهم من الذكور عشرة: الابن، وابنه وإن نزل ، والأب، وأبوه وإن علا ، والأخ من كل جهة ، وابن الأخ إلا من الأم ، والعم ، وابنه كذلك ، والزوج، ومولى النعمة . ومن النساء سبع : الأم، والجدة، والبنت، وبنت الابن، والأخت، والزوجة، ومولاة النعمة. والمختلف في توريثهم أحد عشر صنفاً : ولد البنات ، وولد الأخوات ، وبنات الإخوة ، وبنو الإخوة من الأم ، والعمات ، والعم من الأم ، والأخوال ، والخالات ، وأبو الأم ، وكل جدة أدلت بأب بين أمين، أو بأب أعلى من الجد ، فهؤلاء ومن أدلى بهم يسمون ذوي الأرحام ، ويرثون عند عدم المجمع على توريثهم ، على ما سنذكره إن شاء الله في بابه .

فصل

وينقسم الوراث إلى ذوي فرض ، وعصبة ، وذوي رحم ، فالرجال من المجمع عليهم، كلهم عصبة، إلا الزوج ، والأخ من الأم، والأب ، والجد مع الابن ، والنساء المنفردات عن إخوتهن ؛ ذوات فرض، إلا مولاة النعمة، والأخوات مع البنات. والفرض جزء مقدر ، والعصبة يرث المال كله إذا

انفرد ، فإن كان معه ذو فرض ، بدىء به ، والباقي للعصبة ، لقول النبي ﷺ « ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما بقي فلأولى رجل ذكر » متفق عليه . وإن استغرقت الفروض المال ، سقط . فلو خلفت المرأة زوجاً ، وأماً ، وإخوة لأم ، وإخوة لأبوين أو لأب ، كان للزوج النصف ، وللام السدس، وللاخوة للأم الثلث ، وسقط الباقون ، لأن الله فرض هذه الفروض لأهلها ، فوجب دفعها إليهم ، وجعل للعصبة الباقي ، ولم يبق شيء . وهذه المسألة تسمى: المشرّكة إذا كان الاخوة لأبوين ، لأن عمر شرك بين ولد الأم وولد الأبوين في الثلث ، وتسمى : الحمارية ، لأن بعض الصحابة قال : هب أباهم كان حماراً فما زادهم ذلك إلا قرباً . ويقال : إن بعض ولد الأبوين قال ذلك لعمر وقد أسقطهم ، فشرك بينهم . ومذهب علي رضي الله عنه على ما قلناه .

باب ذوي الفروض

وهم عشرة : الزوجان، والأبوان ، والجد ،والجدة ، والبنت ، وبنت الابن ، والأخت من كل جهة ، والأخ من الأم . فأما الزوج ، فله النصف إذا لم يكن للميتة ولد ولا ولد ابن، والربع إذا كان معه أحدهما، وللزوجة والزوجات الربع مع عدم الولد وولد الابن ، والثمن مع أحدهما ، لقوله تعالى (ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن

من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم) النساء : ١٢ . وولد الابن ، ولد ، بدليل قوله تعالى : (يابني آدم) و (يابني إسرائيل) والأربع من النساء كالواحدة ، لعموم اللفظ فيهن .

فصل

فأما الأم ، فلها ثلاثة فروض : الثلث إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن ، أو اثنان من الاخوة والأخوات ، لقوله تعالى : (ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث فإن كان له إخوة فلأمه السدس) النساء : ١١ . وقسنا الأخوين على الإخوة ، لأن كل فرض تعين بعدد . كان الاثنان فيه بمنزلة الجماعة ، كفرض البنات والأخوات . الفرض الثالث : لها ثلث الباقي بعد فرض الزوجين ، في زوج وأبوين، وامرأة وأبوين ، لأن عمر قضى بهذه القضية،فاتبعه عثمان وابن مسعود ، وزيد ، وتسمى ها تان المسألتان: العمريتين ، لقضاء عمر فيهما ، ولأن الفريضة جمعت الأبوين مع ذي فرض واحد ، فكان للأم ثلث الباقي ، كما لو كان معها بنت .

فصل

وللأم حال رابع ، وهو : إذا لاعنها زوجها ونفى ولدها وتم اللعان

بينهما ، انتفى عنه ، وانقطع تعصيبه منه ، ولم يرثه هو ولا أحد من عصباته ، وترث أمه وذوو الفروض منه فروضهم ، والباقي لعصبته ، وفيه روايتان . إحداهما : أن عصبته عصبة أمه، لأن النبي ﷺ قال :«ما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر » وأولى الرجال به ، أقارب أمه . وعن علي أنه لما رجم المرأة ، دعا أولياءها فقال : هذا ابنكم ترثونه ولا يرثكم . حكاه أحمد . والرواية الثانية : أن أمه عصبته ، وإن لم تكن فعصبتها عصبته ، لما روى واثلة بن الأسقع عن النبي ﷺ أنه قال : « تحوز المرأة ثلاثة مواريث ، عتيقها ، ولقيطها ، وولدها الذي لاعنت عليه . قال الترمذي : هذا حديث حسن ، ولأنها قامت مقام أبيه في انتسابه إليها ، فقامت مقامه في حيازة ميراثه ، فعلى هذه الرواية ، لو مات ابن ابن الملاعنة ، وخلف أمه وجدته الملاعنة ، لكان لأمه الثلث والباقي لجدته . ويعايا بها ، فيقال : جدة ورثت مع أم أكثر منها . وإن خلف ابن الملاعنة أمه وأخاه وخاله ، فلأمه الثلث ، ولأخيه السدس ، وباقيه له ، لأنه عصبة أمه في إحدى الروايتين ، والأخرى: الباقي للأم . وإن لم يكن أخ ، فالباقي للخال على إحدى الروايتين .

فصل

وللأب ثلاثة أحوال . حال : يرث فيها بالفرض المجرد، وهي مع الابن أو ابنه يرث السدس ، لقوله تعالى (ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن

كان له ولد) النساء : ١١ . وحال : يرث فيها بالتعصيب المجرد ، وهي مع عدم الولد ، لقوله تعالى (فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث) النساء :١١.أضاف الميراث إليهما ، ثم خص الأم منه بالثلث ، دل على أن باقيه للأب . والحال الثالث : يجتمع له الأمران ، السدس بالفرض ، للآية . والباقي بالتعصيب ، لقول النبي ﷺ « ما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر » وهي مع إناث الولد .

فصل

وللجد أحوال الأب الثلاثة، وإذا اجتمع مع الأم أحد الزوجين،فللأم الثلث كاملاً. وله حال رابع ، وهي مع الإخوة من الأبوين ، أو من الأب ، فإنه لا يسقطهم ، لأنهم يدلون بالأب فلم يسقطهم ، كأم الأب ، ولكنه يقاسمهم ، كأخ، ما لم تنقصه المقاسمة من الثلث ، فإن نقصته منه، بأن زاد الاخوة على اثنين، أو الأخوات على أربعة ، فله الثلث ، والباقي لهم . فإن كان معهم ذو فرض ، أخذ فرضه ، وجعل للجد الأحظ من ثلاثة أشياء . المقاسمة ، كأخ ، أو ثلث الباقي ، لأن الفرض كالمستحق، فصار الباقي كجميع المال ، أو سدس جميع المال ، لأن ولد الصلب لا يمنعونه السدس ، فولد الأب أولى ، ولا يفرض للأخوات مع الجد ، لأننا جعلناه كالأخ فيعصب الأخت ، كالأخ . ولا تعول مسائله إلا في مسألة واحدة ، تسمى: الأكدرية ، لتكديرها أصول زيد ،

حيث أعال مسائل الجد . وفرض للأخت معه ، وهي زوج وأم وأخت وجد، الزوج النصف ، وللأم الثلث ، وللجد السدس . ثم يفرض للأخت النصف ، أنه لم يبق لها شيء، ولا مسقط لها هاهنا، ثم يجمع سدس الجد ونصف الأخت، القسم بينهما على ثلاثة ، لئلا تفضل الأخت الجد ، فتضرب الثلاثة في المسألة عولها ، وهي تسعة ، صارت من سبعة وعشرين ، للأم ستة ، وللزوج تسعة ، للجد ثمانية ، وللاخت أربعة . ولو كانت أم وأخت وجد ، فللأم الثلث ، الباقي بين الجد والأخت على ثلاثة أسهم ، وتسمى: الخرقاء ، لكثرة اختلاف الصحابة فيها . ولو كان مكان الأخت أخ ، كان المال بينهم أثلاثاً .

فصلٌ في المعَادة

وُلد الأب إذا انفردوا يقومون مقـــام ولد الأبوين في مقاسمة الجد ، فإن اجتمعوا ، فإن ولد الأبوين يعادون الجد بولد الأب ، لأن من حجب بولد الأبوين ووُلد الأب إذا انفردوا ، حجب بهما إذا اجتمعا ، كالأم، ما حصل لولد الأب، أخذه منهم ولد الأبوين ، لأنهم أولى بالإرث منهم ، ولا يء لولد الأب إلا أن يكون ولد الأبوين أختاً واحدة ، فيردون عليها قدر رضها ، والباقي لهم . ولا يتفق هذا في مسألة فيها فرض إلا أن يكون الفرض سدس . فإذا اجتمع أخوان من الجهتين، وجد ، اقتسموا أثلاثاً، ثم أخذ الأخ الأبوين ما حصل لأخيه ، فإن كان مكان الأخوين أختـان ، اقتسموا أرباعاً ،

ثم أخذت الأخت للأبوين ماحصل لأختها ، لتستكمل النصف . فإن كان مع التي من قبل الأب ، أخوها ، اقتسموا أسداساً ، ثم أخذت منها تمام فرضها ، يبقى لهما السدس على ثلاثة، وتصح من ثمانية عشر . فإن كان معهم أم ، فلها السدس ، وتفعل فيما بقي كما فعلت في أصل المال ، فتصح من مائة وثمانية . وإن شئت، فرضت للجد ثلث الباقي بعد السدس ، ولا ثلث له، فتضرب ثلاثة في ستة ، تكن ثمانية عشر ، للأم ثلاثة ، وللجد خمسة ، وللأخت النصف تسعة ، يبقى سهم بين الأخ وأخته على ثلاثة تضربها في ثمانية عشر، تكن أربعة وخمسين ، وتسمى: مختصرة زيد ، لاختصارها من مائة وثمانية إلى أربعة وخمسين . ولو كانت : أم ، وجد ، وأخت لأبوين ، وأخوان ، وأخت لأب ، لصحت من تسعين ، وتسمى : تسعينية زيد ، لصحتها من تسعين على مذهبه .

فصل

وللجدة السدس ـ وإن كثرن ، لم يزدن على السدس شيئاً ـ فرضاً ، لما روى قبيصة بن ذؤيب قال : جاءت الجدة إلى أبي بكر تطلب ميراثها ، فقال: مالك في كتاب الله شيء ، وما أعلم لك في سنة رسول الله ﷺ شيئاً ، ولكن ارجعي حتى أسأل الناس ، فقال المغيرة بن شعبة : حضرت رسول الله ﷺ، أعطاها السدس ، فقال : هل معك غيرك ؟ فشهد له محمد بن مسلمة ، فأمضاه

لها أبو بكر ، فلما كان عمر جاءت الجدة الأخرى. فقال عمر : مالك في كتاب الله شيء ، وما كان القضاء الذي قضى به إلا في غيرك ، ومـا أنا بزائد في الفرائض شيئاً ، ولكن هو ذاك السدس . فإن اجتمعتا ، فهو لكما ، وأيكما خلت به ، فهو لها . قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح . ولا يرث من الجدات أكثر من ثلاث: أم الأم ، وأم الأب، وأم الجد. ومن كان من أمهاتهن وإن علت درجتهن، فلهن السدس إذا تحاذين في الدرجة، لما روى سعيد بإسناده عن ابراهيم أن النبي ﷺ ورّث ثلاث جدات ، ثنتين من قبل الأب،وواحدة من قبل الأم . قال إبراهيم :كانوا يورّثون من الجدات ثلاثاً ، وهـذا يدل على أنه لا يرث أكثر من ثلاث ، وأجمع أهل العلم على أن أم أبي الأم لا ترث ، وكذلك كل جدة أدلت بأب بين أمين ، لأنها تدلي بغير وارث . قال الشعبي : إنما طرحت أم أبي الأم ، لأن أبا الأم لا يرث ، ولا ترث جدة تدلي بأب أعلى من الجد ، لأنها خارجة عن الثلاث اللاتي ورثهن النبي ﷺ ، ويحتمل كلام الخرقي توريثها ، لأنها تدلي بوارث . وإن كان بعض الجدات أقرب من بعض ، فالميراث لأقربهن ، لأن الجدات أمهات يرثن ميراث الأم، وكذلك سقطن بها . فإذا اقترب بعضهن ، أُسقطت البعدى ، كما لو كانت القربى من جهة الأم . وعنه : أن القربى من جهة الأم تسقط البعدى من جهة الأب ، والقربى من جهة الأب لا تسقط البعدى من جهة الأم ، لأنهـا تدلي بمن

لا يسقطها ، وهو الأب ، فأولى أن لا تكون هي مسقطة لها . وترث الجدة وابنها حي ،سواء كان أباً أو جداً ، لما روى سعيد بن منصور بإسناده عن ابن مسعود : أن أول جدة أطعمت السدس أم أب مع ابنها . ورواه الترمذي ، ولفظه قال:أول جدة أطعمها رسول الله ﷺ السدس الجدة مع ابنها،وابنها حي. وعنه : لا ترث ، لأنها تدلي به ، فلا ترث معه ، كالجد . والجدات المتحاذيات: أم أم أم ، وأم أم أب ، وام أبي أب ، السدس بينهن أثلاثاً . فإن أدلت جدة بقرابتين ، وأخرى بقرابة واحدة ، فلذات القرابتين ثلثا السدس في قياس قول أحمد ، وللأخرى ثلثه ، لأنها شخص ذو قرابتين تورث كل واحدة منهما منفردة ، فإذا اجتمعا ،ولم يرجح بهما ورث بهما، كابن العم إذا كان أخاً لأم ، أو زوجاً .

فصل

فأما البنات ، فلهن الثلثان وإن كثرن ، وللواحدة إذا انفردت النصف ، لقوله تعالى (وإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف)النساء:١١ . وحكم البنتين حكم ما زاد عليهما ، لما روى جابر بن عبدالله قال : جاءت امرأة سعد بن الربيع بابنتيها إلى رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك يوم أحد شهيداً ، وإن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالاً ، ولا ينكحان إلا ولهما مال. قال «يقضي

الله في ذلك » فنزلت آية الميراث فبعث رسول الله ﷺ إلى عمها فقال « أعط ابنتي سعد الثلثين وأعط أمها الثمن ، فما بقي فهو لك » رواه أبو داود .

فصل

وبنات الابن كبنات الصلب سواء . إن لم يكن للميت ولد من صلبه ، للواحدة النصف ، وللثنتين فصاعداً الثلثان ، لأنهن بنات ، لأن كل موضع سمى الله فيه الولد دخل فيه ولد الابن . وإن كان من ولد الصلب بنت واحدة ، فلها النصف ، ولبنات الابن واحدة كانت أو أكثر ، السدس تكملة الثلثين ، لأن الله تعالى لم يفرض للبنات إلا الثلثين ، وهؤلاء بنات ، وقد سبقت بنت الصلب فأخذت النصف ، لأنها أعلى درجة منهن ، فكان الباقي لهن السدس ، ولهذا يسميه الفقهاء تكملة الثلثين . وقد روى الهزيل قال: سئل أبو موسى عن بنت ، وبنت ابن ، وأخت ، فقال: للبنت النصف ، وللأخت النصف ، وائت ابن مسعود . فسئل ابن مسعود ـ وأُخبر بقول أبي موسى ـ فقال : لقد ضللت إذاً وما أنا من المهتدين . أقضي فيها بما قضى رسول الله : للبنت النصف ، ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين ، وما بقي فللأخت . فأتينا أبا موسى ، فأخبرناه بقول ابن مسعود . فقال: لا تسألوني ما دام هذا الحبر فيكم . رواه أحمد والبخاري .

فصل

وللأخت للأبوين النصف ، وللبنتين فصاعداً الثلثان ، لقوله تعالى : (إن امرؤٌ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك) النساء : ١٧٦ . وحكم الاخوات من الأب اذا انفردن حكم الاخوات من الأبوين سواء ، لدخولهن في لفظ الآية . وإن اجتمع الأخوات من الجهتين ، فحكم ولد الأب مع ولد الأبوين ، حكم بنات الابن مع بنات الصلب سواء ، لأنهن في معناهن . وإن اجتمع الأخوات مع البنات ، صار الأخوات عصبة ، لهن ما فضل ، وليس لهن معهن فريضة مسماة ، لقوله تعالى : (إن امرؤٌ هلك وليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك) النساء : ١٧٦فشرط في فرضها عدم الولد ، فاقتضى ألا يفرض لها مع وجوده ، ولما ذكرنا من حديث الهزيل .

فصل

فأما ولد الأم ، فلواحدهم السدس ، ذكراً كان أو أنثى ، وللاثنين السدسان . فإن كثروا ، فهم شركاء في الثلث ، لقوله تعالى : (وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأةٌ وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) النساء : ١٢ يعني ولد الأم باجماع أهل العلم . وفي قراءة عبد الله وسعد : وله أخ أو أخت من أم .

باب من يسقط من ذوي الفروض

تسقط بنات الابن ، بالابن . ويسقطن باستكمال البنات الثلثين ، إلا أن يكون معهن ، أو أنزل منهن ذكر ، فيعصبهن فيما بقي ، للــذكر مثل حظ الأنثيين . وابن ابن الابن يعصب من في درجته ، ومن أعلى منه من عماته ، وبنات عم أبيه إذا لم يكن لهن فرض ، ولا يعصب من أنزل منه . وإذا كان أربع بنات ابن ، بعضهن أنزل من بعض ، سقطت الثالثة والرابعة ، لاستكمال من فوقها الثلثين . فإن كان مع الرابعة أخوها ، أو ابن عمها ، فللأولى النصف، وللثانية السدس، والباقي للثالثة والرابعة وأختها وأخيها بينهم ،على أربعة،وتصح من اثني عشر . وتسقط الجدات من كل جهة بالأم ، لأنهن يرثن من جهتها ، لكونهن أمهات ، فيسقطن بها كما يسقط الجد بالأب.

فصل

ويسقط ولد الأبوين بثلاثة : بالابن ، وابن الابن ، والأب ، لأن الله تعالى شرط في توريثهم عدم الولد، بقوله سبحانه(إن امرؤٌ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك)النساء: ١٧٦. فلم يجعل لها مسمى مع الولد ،وإنما أخذت الفاضل عن البنات . والابن لا يفضل عنه شيء ، فسقطن به ، وكذلك ابنه ،

لأنه ابن . ويسقطون بالأب ، لأنهم يدلون به ، وكل من أدلى بشخص ، سقط به ، إلا ولد الأم ، والجدة من جهة الأب . ويسقط ولد الأب بهؤلاء الثلاثة ، لذلك ، وبالأخ من الأبوين، لما روي عن علي أن رسول الله ﷺ : قضى بالدين قبل الوصية . وأن أعيان بني الأم يتوارثون دون بني العلات . الرجل يرث أخاه لأبيه وأمه دون أخيه لأبيه . أخرجه الترمذي . وتسقط الأخوات من الأب ، باستكمال الأخوات للأبوين الثلثين ، إلا أن يكون معهن أخ لهن ، فيعصبهن في الباقي ، للذكر مثل حظ الانثيين ، كبنات الابن مع البنات .

فصل

ويسقط ولد الأم بأربعة : بالولد ذكراً كان أو أنثى ، وولد الابن ، والأب ، والجد ، لأن الله تعالى شرط في توريثهم كون الموروث كلالة ، بقوله تعالى : (وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأةٌ وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس) النساء :١١ والكلالة: من لا ولد له ولا والد في قول بعض أهل العلم ، وفي قول بعضهم : هو اسم لمن عدا الولد والوالد من الوراث ، فيدل على أنهم لا يرثون مع ولد ولا والد .

فصل

ومن لم يرث لمعنى فيه ، وهو الرقيق ، والقاتل ، والمخالف في الدين ؛ لم يحجب غيره ، لأنه ليس بوارث ، فلم يحجب ، كالأجنبي .

باب أصول سهام الفرائض

الفروض المذكورة في كتاب الله تعالى : النصف، والربع ، والثمن ، والثلثان،والثلث،والسدس، وهي تخرج من سبعة أصول: أربعة لا تعول،وثلاثة تعول ، لأن كل فرض انفرد ، فأصله من مخرجه . وإن اجتمع معه فرض من جنسه ، فأصلهما من مخرج أقلهما ، لأن مخرج الكبير داخل في مخرج الصغير . وإن اجتمع معه فرض من غير جنسه ، ضربت مخرج أحدهما في مخرج الآخر إن لم يتوافقا ، فما ارتفع ، فهو أصل لهما ، أو وفق أحدهما في جميع الآخر إن توافقا ، فلذلك صارت الأصول سبعة ، النصف وحده من اثنين . والثلث أو الثلثان من ثلاثة . والربع وحده، أو مع النصف من أربعة. والثمن وحده، أو مع النصف من ثمانية . وهذه الأربعة التي لا تعول، لأن العول فرع ازدحام الفروض ، ولا يوجد ذلك هنا . وإن اجتمع مع الفرض من غير جنسه ، كالنصف يجتمع مع أحد الثلاثة ، السدس ، أو الثلث ، والثلثان ؛ فأصلهما من ستة ، لأنك إذا ضربت مخرج النصف في مخرج الثلث ، صار ستة ،

ويدخل العول هذا الأصل ، لازدحام الفروض فيه . وإن اجتمع مع الربع أحـــد الثلاثة ، فأصلها من اثني عشر ، لأنك إذا ضربت مخرج الربع في مخرج الثلث ، أو وفق مخرج السدس، كانت اثنتي عشرة . وإن اجتمع مع الثمن سدس ، أو ثلثان ، فأصلها من أربعـــة وعشرين ، لما ذكرنا . وتعول هذه الأصول الثلاثة. ومعنى العول: نقص الفروض لازدحامها وضيق المال عنها ، وقسمته بينهم على قدر فروضهم . وطريق العمل فيها، أن تأخذ لكل ذي فرض فرضه من أصل مسألته ، ثم تجمع السهام كلها ، فتقسم المال عليها ، فيدخـــل النقص على كل ذي فرض بقدر فرضه ، كما تصنـع في الوصايا الزائدة على الثلث ، وفي قسمة مال المفلس على ديونه . وهذا قول عـامة الصحابة ، إلا ابن عباس رضي الله عنهما .

فصل

وأصل الستة يتصور عوله إلى عشرة ، ولا تعول إلى أكثر منها ، ومثال العول . زوج وأخت لأبوين وأخت لأب ، أصلها ستة،للزوج النصف،ثلاثة، وللاخت للابوين، ثلاثة ، وللاخت للاب،السدس، سهم. عالت إلى سبعة. فإن كان مكان الأخت للأب، أم، فلها الثلث،وعالت إلى ثمانية،وتسمى:مسألة المباهلة، لأنها أول مسألة عائلة حدثت في زمن عمر ، فجمع الصحابة للمشورة فيهـا ، فقال العباس : أرى أن يقسم المال بينهم على قدر سهامهم ، فأخذ به عمر ، واتبعه

الناس على ذلك ، حتى خالفهم ابن عباس . فقال : من شاء باهلته . إن المسائل لا تعول. إن الذي أحصى رمل عالج عدداً، أعدل من أن يجعل في مال نصفاً، ونصفاً، وثلثاً ، هذان نصفان : ذهبا بالمال. فأين موضـــع الثلث؟ زوج وأم وثلاث أخوات متفرقات ، عالت إلى تسعة ، وتسمى: مسألة الغراء. فإن كانت الأخوات ستاً ، عالت إلى عشرة ، وسميت: أم الفروخ ،لكثرة عولها ، لأنهـا عالت بثلثيها ، فشبهوا أصلها بالأم ، والعول بالفروخ .

فصل

وأصل اثني عشر، تعول على الأفراد إلى ثلاثة عشر ،وخمسة عشر ،وسبعة عشر ، ولا تعول إلى أكثر من ذلك ، فتقول : في زوج وأم وابنتين ، أصلها اثنا عشر ، وتعول إلى ثلاثة عشر ، فإن كان معهم أب ، عالت إلى خمسة عشر، ثلاث زوجات ، وجدتان ، وأربع أخوات لأم ، وثمـــان لأب ، عالت إلى سبعة عشر ،ولكل واحدة سهم . وتسمى:أم الأرامل . وأصل أربعة وعشرين، تعول إلى سبعة وعشرين ، ولا تعول إلى أكثر منها ، وتسمى : النحيـلة ، لقلة عولها ، وسميت : المنبرية ، لأن علياً سئل عنها على المنبر فقال: صار ثمنها تسعاً ، ومضى في خطبته، يعني : أنه كان للزوجة الثمن ، ثلاثة من أربعة وعشرين،فصار لها ثلاثة من سبعة وعشرين ، وهي تسع.

باب تصحيح المسائل

إذا لم تنقسم سهام فريق من الورثة عليهم قسمة صحيحة ، ضربت عددهم في أصل المسألة وعولها، إن عالت ، فما بلغ، فمنه تصح ، إلا أن يوافق عددهم سهامهم،بجزء من الأجزاء، فيجزئك ضرب وفق عددهم في أصل المسألة،وعولها، فإذا أردت القسمة،فكل من له شيء من أصل المسألة مضروب في العدد الذي ضربته في المسألة وهو جزء السهم،فما بلغ، فهو له إن كان واحداً ،وإن كانوا جماعة،قسمته عليهم ،وإن كان الكسر على فريقين، أو أكثر متماثلة ، كثلاثة وثلاثة ، أجزأك ضرب أحدهما في المسألة ، وإن كانت متناسبة . وهو : ان ينتسب القليل إلى الكثير بجزء من أجزائه، كثلاثة أو أربعة ، مثل ثلاثة وتسعة ، أجزأك ضرب أكثرها في المسألة،وإن كانت متباينة، كثلاثة وأربعة وخمسة ، ضربت بعضها في بعض فما بلغ ،ضربته في المسألة.وإن كانت متوافقة بجزء من الأجزاء، كنصف وثلث، وافقت بين عددين منها ، وضربت وفق أحدهما في الآخر ، فما بلغ، وافقت بينه وبين الثالث ، وضربت وفق أحدهما في الآخر، فما بلغ ، فهو جزء السهم ، يضرب في المسألة . وطريق القسمة على ما ذكرنا متقدماً .

باب الرد

وإذا لم تستغرق الفروض المال، وفضلت منه فضلة، ولم يكن عصبة، فالفاضل عن ذوي الفروض مردود عليهم على قدر سهامهم، لقوله تعالى (وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض) الأنفال: ١٥٧ ولقول النبي ﷺ «من ترك مالاً فلورثته» رواه أحمد، وأبو داود. إلا على الزوج والزوجة، لأنهما ليسا من أولي الأرحام، فلم يدخلوا في قوله تعالى (وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض) وهذا يروى عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم. وعن أحمد: أنه لا يرد على ولد الأم مع الأم، ولا على الجدة مع ذي سهم، لأنه قول ابن مسعود، والأول المذهب، لعموم الأدلة، ولأنه قول عمر وعلي وابن عباس. وطريق العمل في الرد أن تأخذ سهام أهل الرد من أصل مسألتهم، وكلها تخرج من ستة، إذ ليس في الفروض ما يخرج عن الستة، إلا الربع والثمن، وليسا لغير الزوجين، وليسا من أهل الرد، فيجعل عدد سهامهم أصل مسألتهم، فيقسم المال عليها، وينحصر ذلك في أربعة أصول، فإذا كان معك سدسان، كجدة، وأخ لأم، فأصلها من اثنين. وإن كان ثلث وسدس، كأم، وأخ من أم، فأصلها من ثلاثة، وإن كان نصف وسدس، كابنة وابنة ابن، فأصلها من أربعة، وإن كان نصف وثلث، كأم وأخت، أو ثلثان وسدس، كأختين

وأم ، أو نصف وسدسان ، كثلاثِ أخوات متفرقات ، فهي من خمسة ، ولا تزيد أبداً على هذا ، لأنها لو زادت سهماً لـكمل المال ، فإن انكسر سهم فريق عليهم، ضربت عددهم في عدد سهامهم ، لأنه أصل مسألتهم ، فتقول في ثلاث جدات وأخت: هي من أربعة، للجدات سهم على ثلاثة، تضربهافي أربعة، تكن اثني عشر ، ومنها تصح .

فصل

فإن اجتمع مع أهل الرد أحد الزوجين، أعطيته فرضه من أصل مسألته، ثم ضربت مسألته في مسألة أهل الرد ، فما بلغ، انتقلت إليه المسألة ، ثم تصحح بعد ذلك ، فتقول في زوجة وبنت ، وبنت ابن ، وجدة: للزوجة الثمن من ثمانية ، ومسألة أهل الرد من خمسة ، تضربها في ثمانية ، تكن أربعين، للزوجة الثمن خمسة ، يبقى خمسة وثلاثون بين أهل الرد على خمسة ، فإن انكسر على بعضهم ،ضربته في أربعين، فما بلغ فمنه تصح .

بَابُ مِيراث العصَبة من القرابة

وهم كل ذكر ليس بينه وبين الميت أنثى ، وهم الأب والابن ، ومن أدلى بهما من الذكور ، فأحقهم بالميراث أقربهم ، ويسقط به مَن بعدُ ، لقول النبي ﷺ « ما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر » وأحقهم الابن وابنه وإن نزل ،

لأن الله تعالى بدأ بهم بقوله: (يوصيكم الله في أولادكم) :النساء : ١١ والعرب تبدأ بالأهم فالأهم . ثم الأب ، لأن سائر العصبات يدلون به ، ثم الجـــد أبو الأب ، وإن علا ، لأنه أب ، ثم بنو الأب وهم الاخوة ، ثم بنوهم ، وإن نزلوا ، ثم بنو الجد ، وهم الأعمام ، ثم بنوهم ، وإن نزلوا ، ثم بنو جدالأب، وهم أعمام الأب ، ثم بنوهم وإن نزلوا . وعلى هذا لا يرث بنو أب أعلى مع بني أب أقرب منه ، وإن نزلت درجتهم . وأولى ولد كل أب أقربهم إليه . فإن استوت درجتهم ، فأولاهم من كان لأب وأم ، لحديث علي . وليس في فريضة يرث فيها العصبة عول ولا رد ، لأن العصبة يأخذ المال كله إذا انفرد ، ولقوله تعالى في الأخ (وهو يرثها إن لم يكن لها ولد)النساء:١٧٦ أضاف الميراث جميعه إليه . وإن كان معه ذو فرض ، أخذ الباقي ، لقول النبي ﷺ لأخي سعد بن الربيع « أعط ابنتي سعد الثلثين ، وأعط أمهما الثمن ، وما بقي فهـــو لك » وقوله عليه السلام « فما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر » وإن استغرقت الفروض المال، سقط ، لأن حقه في الباقي ، ولا باقي هنا .

فصل

وأربعة من الذكور يعصبون أخواتهم ،فيمنعونهن الفرض، ويقتسمون ما ورثوا ، للذكر مثل حظ الانثيين ، وهم الابن، وابنه، والأخ من الابوين،

أو من الاب ، لقوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) النساء :١١ وقوله (وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين) النساء :١٧٦ ومن عدا هؤلاء من العصبات ينفرد الذكور بالميراث ، دون الإناث ، كبني الإخوة والأعمام وبنيهم ، لأن أخواتهم من أولي الارحام .

فصل

وإن اجتمع في شخص واحدٍ سببان يقتضيان الإرث، كزوج هو ابن عم ، أو ابن عم هو أخ من أم ، ورث بهما جميعاً ، فإن كان ابنا عم ، أحدهما أخ لأم ، فللأخ للام السدس ، والباقي بينهما نصفان ، وإن كانوا ثلاثة ، كبني عم ، أحدهم زوج ، والآخر أخ لأم ، فللزوج النصف ، وللأخ السدس ، والباقي بينهم أثلاثاً ، لأن قرابة الأم يرث بها منفردة ، فلم يرجح بها ، كالزوجية .

باب المناسخات

إذا لم تنقسم تركة الميت الأول حتى مات بعض ورثته، فصحح مسألة الأول، ثم صحح مسألة الثاني ، واقسم سهام الثاني من المسألة الأولى على مسألته، فإن انقسمت ، صحت المسألتان مما صحت منه الأولى ، وإن لم تنقسم ، وافقت

بين مسألتها وبين مسألته، وأخذت وفق مسألته، فضربته في المسألة الأولى، فإن لم يتوافقا ، ضربت مسألته كلها في المسألة الأولى ، فما بلغ ، فمنه تصح المسألتان . فإذا أردت القسمة ، فكل من له شيء من المسألة الأولى مضروب في الثانية ، أو في وفقها ، وكل من له شيء من الثانية، مضروب في السهام التي مات عنها الثاني أو في وفقها . فإن مات ثالث ، صححت مسألته ، وقسمت عليها سهامه من المسألتين . فإن انقسم ، صحت ، وإلا ضربت مسألته ، أو وفقها فيما صحت منه الأوليان ، وتعمل على ما ذكرنا .

فصل

فإن خلف الميت تركة معلومة ، فانسب سهام كل وارث من المسألة ، وأعطه مثل تلك النسبة من التركة . فإن عز عليك ذلك، فاقسم التركة على المسألة، فما خرج بالقسم ، فاضربه في سهام كل وارث ، فما كان ، فهو نصيبه . فإذا خلفت المرأة زوجاً وأماً وأختاً، وأربعين ديناراً ، فللأم ربع المسألة ، فلها ربع التركة عشرة ، وللزوج ربع وثمن ، فله خمسة عشرة ، وللأخت مثل ذلك . وإن قسمت الأربعين على المسألة ، فلكل سهم خمسة، فإذا ضربت سهام كل وارث في خمسة ، خرج مثل ما ذكرنا .

بَابُ ميراث الغرقى ومَن عَمِيَ موتُهم

إذا مات متوارثان فلم يعلم أيها مات قبل صاحبه ، ورث كل واحد منهما من صاحبه من تلاد ماله ، دون ما ورثه من الميت معه ، لأن ذلك يروى عن عمر وعلي وإياس بن عبد المزني ، فتقول في أخوين غرقا ، وخلف كل واحد منهما زوجته ومولاه، يقدر أن الأكبر مات أولاً ، فلزوجته الربع، والباقي لأخيه الأصغر. ثم مات الأصغر عن ثلاثة أسهم، فلزوجته الربع وباقيه لمولاه، فتضرب أربعة في أربعة ، تكن ستة عشر ، لزوجة الأكبر أربعة ، ولزوجة الأصغر ثلاثة ، يبقى تسعة لمولى الأصغر . ثم قدر أن الأصغر مات أولاً ، فلزوجته الربع ، وباقيه لأخيه الاكبر ، ثم تعمل فيها عملك في الاولى ، فترث زوجة كل واحد منهما ربع مال زوجها، وثمناً ونصف ثمن من مال أخيه ، ويرث مولى كل واحد منهما نصف مال أخي عتيقه ، ونصف ثمنه ، ولا يرث من مال عتيقه شيئاً . وقد روي عن أحمد : فيما إذا ماتت امرأة وابنها ، وخلفت زوجاً وأخاً ، فقال زوجها : ماتت فورثناها ، ثم مات ابني فورثته . وقال أخوها : مات ابنها فورثته ، ثم ماتت فورثناها ؛ أنه يحلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه ، ويكون ميراث الابن لأبيه ، وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين؛

وذكرها الخرقي في «مختصره» . وهذا يدل على أنه لا يرث أحدهما صاحبه ، بل يقسم ميراث كل واحد منهما على الأحياء من ورثته،دون من مات معه ، لأن ذلك يروى عن أبي بكر الصديق وزيد ومعاذ وابن عباس والحسن بن علي رضوان الله عليهم ، ولأنه لا يعلم أن أحدهما حي حين مات صاحبه ، فلم يرثه ، كالحمل إذا سقط ميتاً . ولو علم خروج روحيهما معاً ، لم يرث أحدهما صاحبه ، لأن من شرط توريثه ، كونه حياً حين موت الآخر .

باب ميراث ذوي الأرحام

وقد ذكرناهم . ويرثون إذا لم يكن عصبة، ولا ذو فرض من أهل الرد ؛ لقوله تعالى (وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) الأنفال : ٧٥ وقد روي عن عمر أن رسول الله ﷺ قال « الخال وارث من لا وارث له » قال الترمذي : هذا حديث حسن . وروى أبو عبيد بإسناده أن ثابت بن الدحداح مات ، ولم يخلف إلا ابنة أخ له ، فقضى النبي ﷺ بميراثه لابنة أخيه، وقسنا سائرهم على هذين .

فصل

وطريق توريثهم بالتنزيل، أن تنزل كل واحد منهم منزلة من يدلي به من الوراث ، فتجعل بنت البنت بمنزلة البنت ، وبنت بنت الابن بمنزلتها ، وبنات

الإخوة بمنزلة آبائهن ، وبنو الأخوات وبناتهن بمنزلة أمهاتهن ، والخال والخالة وأبو الأم بمنزلة الأم ، والعمات والعم من الأم بمنزلة الاب ، وعن أحمد رواية أخرى أنه: تنزل العمة منزلة العم، لأنه روي عن علي رضي الله عنه، والأول أولى ، لما روى الإمام أحمد بإسناده عن الزهري: أن رسول الله ﷺ قال: «العمة بمنزلة الأب إذا لم يكن بينهما أب، والخالة بمنزلة الأم إذا لم يكن بينهما أم»، ولأن الأب أقوى جهاتها، فنزلت منزلته، كما أن بنت الاخ تدلي بأبيها لا بأخيها ، وبنت العم تدلي بأبيها لا بأخيها . وإذا انفرد ذو رحم ، ورث المال كله . وإن اجتمع منهم جماعة ، فأدلوا بشخص واحد وكانوا في درجة واحدة ، فالمال بينهم على حسب مواريثهم منه . فإن أسقط بعضهم بعضاً ، كأبي الام والأخوال، أسقطت الأخوال بأبي الأم ، لأن الاب يسقط الإخوة . وإن كان بعضهم أقرب من بعض ، سقط البعيد منهم ، كما يسقط بعيد العصبات بقريبهم ، وإن لم يسقط بعضهم بعضاً ، قسمت المال بينهم على حسب مواريثهم منه . فتقول في ثلاث عمات متفرقات : المال بينهن على خمسة ، لأنهن أخوات لأب ، فكان ميراثهن كميراث ثلاث أخوات للميت متفرقات . وإن كان ثلاث خالات متفرقات ، فكذلك ، لأنهن أخوات لأم . فإن اجتمع ثلاث خالات متفرقات ، وثلاث عمات متفرقات ، نزلت العمات أباً ، والخالات أما ، فجعلت الثلث للخالات على خمسة ، والباقي للعمات على خمسة ، فتجتزىء بإحدى

الخمسين ، وتضربها في ثلاثة ، تكن خمسة عشر ، للخالة التي من قبل الأبوين ثلاثة أسهم، وللخالة من الأب سهم، وللخالةمن الأم سهم،وللعمةمن الأبوين ستة، وللعمة من الأب سهمان،وللعمة من الام سهمان. وإن كان ثلاثة أخوال متفرقين ، فللخال من الأم السدس، والباقي للخال من الابوين، كثلاثةإخوة متفرقين. وإن كان أبوهم واحداً وأمهم واحدة ، فالذكر والأنثى سواء ، لأنهم يرثون بالرحم المجرد ، فاستوى ذكرهم وأنثاهم ، كولد الأم . وعنه : أنهم يقتسمون للذكر مثل حظ الأنثيين ، لأنهم فرع على ذوي الفروض والعصبات ، فثبت فيهم حكمهم . وقال الخرقي : يفضل الخال على الخالة دون سائر ذوي الأرحام. وإن أدلى جماعة بجماعة ، فاقسم المال بين المدلَى بهم على ما توجبه الفريضة ، فما صار لكل وارث ، فهو لمن أدلى به ، فإن سبق بعضهم إلى الوارث ، فهو أحق بالمال ، ويسقط به البعيد ، إن كانا من جهة واحدة . وإن كانا من جهتين ، نزلت البعيد حتى يلحق بوارثه ، سواء سقط به القريب ، أو لم يسقط ، فتقول في بنت بنت بنت ، وبنت أخ ، لأم : المال لبنت بنت البنت . والجهات أربع : الأبوة ، والبنوة ، والأخوة ، والأمومة ، وإن اجتمعت بنت أخ وعمة ، فالمال للعمة ، لأنها بمنزلة أب ، وهو يُسقط الأخ، ومن نزلها عماً، أسقطها ببنت الأخ ، لأن الأخ يُسقط العم. وإن اجتمع بنت أخت وابن، وبنت اخت أخرى ، فللواحدة حق أمها النصف ، وللأخرى وأخيها حق أمها

النصف ، وإن أدلى ذو رحم بقرابتين ، ورث بهما ، فتقول في بنت ابن أخ لأم : هي بنت بنت أخت لأب ، وبنت بنت أخت لأبوين ، للأولى الخمسان بقرابتيها ، وللثانية ثلاثة أخماس ، لأنها بمنزلة ثلاث أخـــوات متفرقات . ولا يعول في مسائل الأرحام إلا واحدة ، وشبهها . وهي :خال، وبنات ست أخوات متفرقات .

فصل

ولا يرث ذو رحم ، مع ذي فرض ، ولا عصبة ، إلا مع الزوج ، لان الرد أولى ، والزوج لا يرد عليه ، فإن اجتمع معهم زوج ، أعطيته فرضه غير محجوب ، ولا معاول، وقسمت الباقي بينهم ، كما لو انفردوا ، فتقول في زوج، وبنت بنت، وبنت أخت : للزوج النصف ، والباقي بينهما نصفان . امرأةوابنتا بنتين، وابنتا أختين ، للزوجة الربـــع ، ولبنتي البنتين ثلثا الباقي ، والباقي لبنتي الأختين .

باب ميراث الخنثى

وهو الذي له ذكر وفرج امرأة ، فيعتبر بمباله ، لانه قد جاء في الأثر: يورث الخنثى من حيث يبول ، ولانها أعم علاماته ، لانهـــا توجد في الصغير والكبير ، وقد أجرى الله العادة ، أن الذكر يبول من ذكره ، والانثى من

فرجها ، فاعتبر ذلك . فإن بال من حيث يبول الرجل ، فهو ذكر ، وإن بال من حيث تبول المرأة، فله حكم المرأة. فإن بال منهما، اعتبر بأسبقهما. فإن خرجا في حال واحدة، اعتبر أكثرهما، لأن الاكثر أقوى في الدلالة . فإن استويا، فهو مشكل. فإن مات له من يرثه ، أعطي هو ومن معه اليقين ، ووقف الباقي حتى يبلغ فينكشف الأمر ، بأن يظهر فيه علامات الرجال، من خروج المني من ذكره، ونبات اللحية . أو علامات النساء، من تفلك الثدي، والحيض، والحمل ، فإن يئس من ذلك ، فله نصف ميراث ذكر ، ونصف ميراث أنثى . فإذا اجتمع ابن وبنت وولد خنثى ، فللذكر أربعة أسهم ، وللخنثى ثلاثة ، وللبنت سهمان ، لأنه يحصل بهذا العمل له نصف ميراث الذكر ، ونصف ميراث الأنثى . فإن كان مكان الابن أخ ، أو غيره من العصبات ، فله السدس ، والباقي بين الخنثى والبنت على خمسة . وقال أصحابنا : يعمل المسألة على أنه ذكر ، ثم على أنه أنثى، ثم يضرب إحداهما في الأخرى إن تباينتا ، أو وفق إحداهما في الاخرى إن اتفقتا ، أو يجتزىء بإحداهما إن تماثلتا ، أو بأكبرهما إن تناسبتا ، وتضرب ذلك في اثنين ، فما بلغ ، فمنه تصح . ثم كل من له شيء من إحداهما ، مضروب في الأخرى، أو في وفقها ، أو تجمع ماله منهما إن تماثلتا، فتعطيه إياه ، ففي هذه المسألة إن قدرناه ذكراً ، فهي من خمسة ، وإن قدرناه أنثى فهي من أربعة ، تضرب أربعة في خمسة ، تكن عشرين . ثم في الحالين تكن أربعين ، فللابن

اثنان في خمسة ، واثنان في أربعة، ثمانية عشر ، وللبنت تسعة ،.وللخنثى سهم في خمسة،وسهمان في أربعة، ثلاثة عشر، لأن للابن الخمسين بيقين،وذلك ستةعشر، وللبنت الخمس بيقين،ثمانية، وللخنثى الربع بيقين، عشرة، فذلك أربعة وثلاثون، يبقى ستة أسهم يدعيها الخنثى كلها ، ليتم له سهم ذكر ، ويدعي الابن ثلثيها ، ليتم له النصف ، والبنت تدعي ثلثها ، ليتم لها الربع ، فقسمناها بينهم على حسب دعاويهم ، للخنثى نصفها ثلاثة ، وللابن سهمان ، وللبنت سهم.فإن كانا خنثيين، نزلتهم على عدد أحوالهم ، فتجعل لهما أربعة أحوال في أحد الوجهين ، وفي الآخرين تنزلهم حالين ، مرة ذكوراً ، ومرة إناثاً ، والأول أصح ، لأنه يعطي كلاً بحسب ما فيه من الاحتمال ، وعلى الطريق الثاني : يفضي إلى حرمان من يحتمل الاستحقاق . ألا ترى أنه لو اجتمع بنت وولد خنثى وولد ابن خنثى وأخ ، فنزلتهم حالين ، لم تعط ولد الابن شيئاً ، ومن المحتمل أن يكون ذكراً وحده ، فيكون له الباقي بعد البنتين ، فعلى هذا تنزل الثلاثة ، ثمانية احوال ، وللأربعة ستة عشر ، وللخمسة اثنان وثلاثون حالاً .

باب ميراث الحمل

إذا مات عن حمل يرثه، فطالب بقية الورثة بالقسمة ، وقف نصيب ابنين ذكرين ، إن كان ميراث الذكور أكثر ، وابنتين إن كان أكثر ، لان ما زاد على اثنين نادر جداً ، فلم يلتفت إليه ، كاحتمال الحمل في الآيسة ، ويدفع إلى كل وارث اليقين . فإذا وضعت الحمل ، دفع إليه نصيبه ، ورد الفضل على من يستحقه. وإن وضعته ميتاً ، لم يرث ، لاننا لا نعلم أنه كان حياً حين موت موروثه .وإن وضعته واستهل ، ورث، وورّث ، لما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ انه قال: « إذا استهل المولود ورّث » رواه أبو داود . وظاهر كلام أحمد : أنه لا يرث حتى يستهل، وهو الصوت ببكاء أو عطاس أو نحوه ، لتقييده في الحديث بالمستهل ، ويحتمل أن يلحق بذلك كل من علمت حياته بارتضاع أو نحوه ، لأنه ولد حيا ، فأشبه المستهل . فأما الحركة والاختلاج ، فلا تدل على الحياة ، فإن اللحم يختلج، سيما إذا خرج من ضيق إلى سعة . وإن خرج بعضه فاستهل، ثم انفصل باقيه ميتاً ، لم يرث ، لأنه لم تثبت له أحكام الدنيا وهو حي . وإن ولدت توأمين ، فاستهل أحدهما ، أقرع بينهما . فمن خرجت له القرعة، حكم بأنه المستهل . ولا يرث حمل إلا ان يعلم بأنه كان موجوداً حال الموت ، بأن تلده لأقل من ستة أشهر إن كانت ذات زوج ، أو لأقل من أربع سنين إن كانت بائناً .

باب ما يمنع الميراث

ويمنع الميراث ثلاثة أشياء : اختلاف الدين . فلا يرث مسلم كافراً ، ولا كافر مسلماً بحال ، لما روى أسامة بن زيد عن النبي ﷺ انه قال : «لا يرث الكافر المسلم ، ولا المسلم الكافر» . متفق عليه . والمرتد لا يرث أحداً ، لأنه ليس بمسلم، فيرث المسلمين ، ولا يثبت له حكم الدين الذي انتقل إليه ، فيرث أهله، ولا يرثه أحد لذلك. وماله فيء.وعنه:يرثه ورثته من المسلمين. وعنه: يرثه أقاربه من أهل دينه الذي اختاره . وعنه في الميراث بالولاء روايتان.إحداهما: يرث الرجل عتيقه وإن اختلف ديناهما ، لأن الولاء شعبة من الرق ، واختلاف الدين لا يمنع الرجل أخذ مال رقيقه إذا مات . والثانية : لا يرثه مع اختلاف الدين ، لعموم الخبر ، ولأنه نوع توارث ، فمنعه اختلاف الدين ، كغيره ، ولأنه مانع من الإرث ، فمنع الإرث بالولاء ، كالقتل .

فصل

ومن أسلم على ميراث قبل أن يقسم ، قسم له ، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « من أسلم على شيء فهو له » أخرجه سعيد . وعنه : لا يقسم له ، لأن المانع من الإرث وجد حين وجد السبب،وهو الموت، فمنع من الإرث كالرق،

ومن كان رقيقاً حين موت موروثه ، فعتق بعده ، لم يرث ، لأن العتق ليس من فعله ،ولا هو قربة للمعتق، بخلاف إسلامه . ولو ملك ابن عمه ، فدبره، فعتق بموته ، لم يرثه ، لأنه رقيق حين الموت. وإن قال : أنت حر في آخر حياتي ، عتق وورث، لأنه حر حين الموت ، ويحتمل أن لا يرث ، لأن عتقه وصية له، فيفضي إلى الوصية للوارث .

فصل

ويرث الكفار بعضهم بعضاً ، وإن اختلفت أديانهم في إحدي الروايتين، لأن مفهوم قوله عليه السلام «لا يرث مسلم كافراً، ولا كافر مسلماً» أن الكفار يتوارثون . والثانية : لا يرث أهل ملة أهل ملة أخرى ، لما روى عبد الله بن عمرو، قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يتوارث أهل ملتين شتى » رواه أبو داود . ولأن الموالاة منقطعة بينهم ، فأشبه اختلافهم بالكفر والإسلام . قال القاضي : والكفر ثلاث ملل ، اليهودية ملة ، والنصرانية ملة ، ودين من عداهم ملة ، لاجتماعهم في عدم الكتاب . قال : وقياس المذهب عندي أنه لا يرث حربي ذمياً ، ولا ذمي حربياً ، لأنه لا موالاة بينهما ، واحتمل أن يتوارثا ، لأنهما من أهل ملة واحدة .

فصل

وإذا أسلم المجوس، أو تحاكموا إلينا ، ورثوا الجميع قراباتهم إذا أمكن،

ذلك ، لأنها قرابات ، ترث بكل واحدة منفردة ولم ترجح بها ، فورث بها إذا اجتمعا ، كابن عم هو زوج ، أو أخ لأم . فلو تزوج مجوسي بنته ، فأولدها بنتاً ، ثم مات وخلف أخاً، فلابنتيه الثلثان ، والباقي لأخيه . فإن ماتت بعده الكبرى ، فمالها لابنتها ، نصفه بكونه بنتاً، وباقيه بكونها أختاً من أب. وإن ماتت الصغرى قبل الكبرى ، فللكبرى الثلث بكونها أماً ، والنصف بكونها أختاً ، وباقيه لعمها . فإن كان أولدها بنتين ، ثم مات ، ثم ماتت إحدى الصغيرتين . فلأختها لأبويها النصف ، ولأمها السدس بكونها أماً،والسدس بكونها أختاً لأب ، وحجبت نفسها بنفسها ، والباقي لعمها ، ولا يرثون بنكاح ذوات المحارم ، ولا ما لا يقرون عليه إذا أسلموا ، ولذلك لم يورث بنت المجوسي الذي تزوجها منه شيئاً .

فصل

والثاني من الموانع الرق ، فلا يرث العبد قريبه ، ولا يورث ، لأنه لا ملك له فيورث . وإن ملك ، فملكه ضعيف يرجع إلى سيده ببيعه ، لقوله عليه السلام « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » فكذلك بموته، ولا يرث ، لأنه لو ورث شيئاً ،لكان لسيده،فيكون التوريث لسيده دونه .

فصل

ومن بعضه حر ، يرث ويورث ، ويحجب بقدر ما فيه من الحرية ، لما روى عبد الله بن الإمام أحمد : بإسناده عن ابن عباس رضي الله عنهما ، أن النبي ﷺ قال في العبد يعتق بعضه « يرث ويورث على قدر ما عتق منه » ولأن هذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما ، فينظر ماله مع الحرية الكاملة ، فيعطيه منه بقدر ما فيه من الحرية الكاملة ، ويحجب به بقدر ذلك ، فتقول في بنت نصفها حر ، وأم حرة ، وعم : للبنت الربع ، لأنه نصف ما تستحقه بالحرية الكاملة ، وللام الربع ، لأن حرية البنت تحجبها عن السدس ، فنصف حريتها يحجبها عن نصفه ، والباقي للعم . فإن كان نصف الأم حراً ، فلها الثمن ، لأنه نصف ما تستحقه بالحرية الكاملة ، والباقي للعم . وإن شئت عملتها بالأحوال ، كمسائل الخناثى ، فتقول : لو كانتا حرتين ، فالمسألة من ستة ، ولو كانت الأم وحدها حرة ، كانت من ثلاثة ، وإن كانت البنت وحدها حرة ، كانت من اثنين ، وإن كانتا رقيقتين ، فهي من سهم ، فتجزىء بالستة ، لأن سائر المسائل داخلة فيها ، وتضربها في أربعة تكن أربعة وعشرين ، للبنت النصف في حالين ، وذلك ستة ، وهو الربع ، وللام الثلث في حال ، والسدس في حال ، وذلك ثلاثة ، وهو الثمن ، والباقي للعم .

فصل

الثالث من الموانع : قتل الموروث بغير حق ، يمنع القاتل ميراثه عمداً كان القتل أو خطأً ، لما روي عن عمر : أنه أعطى دية ابن قتادة المذحجي لأخيه دون أبيه ، وكان حذفه بسيف فقتله . وقال عمر : سمعت رسول الله ﷺ يقول «ليس لقاتل ميراث» رواه مالك في «الموطأ» . ولأن توريث القاتل ربما أفضى إلى قتل الموروث استعجالاً لميراثه ، وكل قتل يضمن بقتل ، أو دية ، أو كفارة، يمنع الميراث لذلك ، وما لا يضمن كالقصاص والقتل في الحد، لا يمنع، لأنه فعل مباح ، فلم يمنع الميراث ، كغير القتل ، ولأن المنع في العدوان كان حسماً لمادة العدوان ، ونفياً للقتل المحرم ، فلو منع هنا ، لكان مانعاً من استيفاء الواجب ، أو الحق المباح استيفاؤه . وعنه : لا يرث العادلُ الباغي إذا قتله . وهذا يدل على أن كل قتل يمنع الميراث ، لعموم الخبر ، والأول أظهر في المذهب .

باب ذكر الطلاق الذي لا يمنع الميراث

إذا طلق الرجل زوجته طلاقاً رجعياً ، لم ينقطع الميراث بينهما ما دامت في العدة ، سواء كان صحيحاً ، أو مريضاً ، لأن الرجعية زوجة ، وإن أبانها في صحته ، انقطع التوارث بينهما ، لزوال الزوجية التي هي سبب التوارث ،

وكذلك إن كان في مرض غير مرض الموت ، لأن حكمه حكم الصحة ، وإن أبانها في مرض موته باختيارها، بأن سألته الطلاق ، أو علق طلاقها على فعل لها منه بد، ففعلته ، انقطع التوارث لزوال الزوجية بأمر لا يتهم فيه ، وكذلك إن علق طلاقها في صحته على شرط وجد في مرضه، لم ترثه كذلك.وعن أحمد:أنها ترثه في هذه المسائل الثلاث لأنه طلاق فيمرض موته . ولو طلقها في مرضه وهي أمة ، أو كافرة، فأسلمت أو عتقت ، لم ترث ، لأنه لا يتهم في طلاقها .
وإن أبانها في مرض موته على غير ذلك ، لم يرثها، وورثته ما دامت في العدة ، لما روي أن عثمان ورّث تماضر بنت الأصبغ الكلبية من عبد الرحمن بن عوف، وكان طلقها في مرض موته فبتها ، واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر ، فكان إجماعاً ، ولأنه قصد قصداً فاسداً في الميراث، فعورض بنقيض قصده،كالقاتل.
وهل ترثه بعد انقضاء العدة ؟ فيه روايتان . إحداهما : ترثه ، لأن عثمان ورّث امرأةمن عبد الرحمن بعد انقضاء العدة ،ولأنه فارّ من ميراثهافورثته،كالمعتدة.
والثانية : لا ترثه ، لأن آثار النكاح زالت بالكلية ، فلم ترثه ، كما لو تزوجت ، ولأن ذلك يفضي إلى توريث أكثر من أربع نسوة ، بأن يتزوج أربعاً بعد انقضاء عدة المطلقة ، وذلك غير جائز ، وإن تزوجت لم ترثه ، لانها فعلت باختيارها فعلاً ينافي زوجية الأول فلم ترثه ،كما لو تسببت في فسخ النكاح ،

وهكذا لو ارتدت في عدتها ، أو فعلت ما ينافي نكاح الأول ، لم ترثه ، وإن ارتدت ثم أسلمت في عدتها ، ففيه وجهان . أحدهما : ترثه ، لأنها مطلقة في المرض ، أشبه ما لو لم ترتد . والثاني : لا ترثه ، لأنها فعلت ما ينافي النكاح، أشبه ما لو تزوجت .

فصل

وإن طلق امرأة قبل الدخول فهل ترثه ؟ فيه روايتان كالتي انقضت عدتها . ولو قال لزوجته في صحته إذا مرضت ، فأنت طالق ، فحكم طلاقه حكم طلاق المريض . وإن أقر في مرضه بطلاقها في صحته ، فحكمه حكم طلاقها في مرضه . وإن علق طلاقها على فعل لا بد لها منه ، كالصلاة ، ففعلته ، فهو كطلاقه ابتداءً . وإن قال لزوجته الذمية ، أو الأمة وهو مريض : إذا عتقت ، أو أسلمت ، فأنت طالق ، فعتقت الأمة ، وأسلمت الذمية ، فهو كطلاقه لحرة مسلمة . وإن قال السيد لأمته : أنت حرة غداً ، فطلق الزوج اليوم أو غداً عالماً بعتق السيد ، ورثته ، لأنه متهم ، وإن لم يعلم ، لم ترثه ، لعدم التهمة .

فصل

ولو تسببت الزوجة في فسخ نكاحها في مرضها ، برضاع أو غيره ، بانت وورثها زوجها ، ولم ترثه ، لما ذكرنا في طلاق المرض . ولو استكره رجل امرأة أبيه في مرض أبيه على فعل ينفسخ نكاحها به ، بانت ، ولم يسقط ميراثها

لذلك . وإن كان للمريض زوجة أخرى ، سقط ميراثها ، لأنه غير متهم في قصد توفير نصيبها عليه ، لرجوعه إلى الزوجة الأخرى دونه .

فصل

وإن تزوج نساء بعضهن عقدها فاسد ، ولم تعلم بعينها ، أو طلق بعض نسائه لا بعينها ، أو علمها وأنسيها ، أقرع بينهن . فمن خرجت قرعتها بفساد العقد ، أو الطلاق ، فلا ميراث لها ، لأنه اشتبه المستحق بغيره ، فوجب المصير إلى القرعة ، كما لو أعتق في مرضه عبيداً ، لم يخرج من ثلثه إلا أحدهم .

باب الإقرار بمشارك في الميراث

إذا أقر جميع الورثة بمشارك لهم في الميراث ، ثبت نسبه وورث ، لأن الورثة يقومون مقام الميت في ماله وحقوقه ، وهذا من حقوقه . وإن أقروا لمن يسقطهم ، كإخوة أقروا بابن ، ثبت نسبه وأسقطهم ، لأن الجميع ورثة لولا الإقرار ، فأشبه ما لو أقروا بمشاركهم . وإن أقر بعضهم ، لم يثبت النسب ، ودفع المقر إلى المقر له فضل ما في يده عن ميراثه ، فإذا خلف ابنين ، فأقر أحدهما بأخ ، فله ثلث ما في يده . وإن أقر بأخت ، فلها الخمس ، وإن شئت ضربت مسألة الإقرار أو وفقها في مسألة الإنكار ، ودفعت إلى المنكر سهمه من مسألة الإنكار ، مضروباً في مسألة الإقرار أو وفقها ، وإلى المقر سهمه من مسألة الاقرار ، مضروباً في مسألة الإنكار أو وفقها ، فما فضل ، فهو للمقر به ،

وإن لم يكن في يد المقر فضل ، فلا شيء للمقر به ، لأنه يقر على غيره . فإن خلف ابنين فأقر أحدهما بأخوين ، فصدقه أخوه في أحدهما ، ثبت نسب من اتفقا عليه ، فصاروا كثلاثة أقر أحدهم بأخ رابع . فاضرب مسألة الإقرار في مسألة الإنكار ، تكن اثني عشر ، للمقر سهم من مسألة الإقــرار في مسألة الإنكار ، ثلاثة ، وللمنكر سهم في مسألة الإقرار أربعة ، ثم إن أقر المتفق عليه بالمختلف فيه ، فله مثل سهم المقر ، وإن أنكر ، فله مثل سهم المنكر والفضل المختلف فيه . وقال أبو الخطاب : إن أقر المتفق عليه بالمختلف فيه ، وانكر المختلف فيه المتفق عليه ، فإن المتفق عليه ، يأخذ من المقرين ربع ما في أيديهما ، ويأخذ المختلف فيه من المقر به ثلث ما في يده . وتصح من ثمانيــة ، للمقر بهما سهمان ، وللمتفق عليه سهمان ، وللمقر باحدهما ثلاثة ، وللمختلف فيه سهم . وإن كان الوارث ابناً فأقر بأخوين بكلام متصل ، ثبت نسبهما ، سواء تصادقا أو تجاحدا ، لأن نسبهم ثبت في حال واحدة بقول الوارث الثابت النسب قبلهم ، ويحتمل أن لا يثبت نسبهما إذا تجاحدا ، لأنه لم يحصل الإقرار من جميع الورثة . وإن أقر بواحد بعد آخر ، ثبت نسب الأول ، وأعطاه نصف ما في يده ، ثم إن صدق الثاني بالثالث ، ثبت نسبه ، ودفعا إليه ثلث ما في أيديهما . وإن أنكره الثاني ، لم يثبت نسبه ، ودفع إليه المقر ، ثلث ما في يده .

فصل

وإن أقر من أعيلت له المسألة بمن يسقط العول، كزوج وأم وأخت، فأقرت الأخت بأخ لها، فاضرب وفق مسألة الإقرار في مسألة الانكار، تكن اثنين وسبعين، للأم ربعها ثمانية عشر، وللزوج ربعها وثمنها سبعة وعشرون، وللأخت سهمان في مسألة الإقرار في نصف مسألة الانكار، وهي ثمانية، يبقى تسعة عشر يدعي المقر له منها ستة عشر. فإن مضى الزوج على الإنكار، أخذ الأخ ستة عشر، وبقيت ثلاثة يقران بها للزوج وهو ينكرها، ففيها ثلاثة أوجه. أحدها: يدفع إلى بيت المال، لأنه مال لا يدعيه أحد، فهو كالمال الضائع. والثاني: يقر في يد الأخت. والثالث: يترك حتى يصطلحا عليها، لأنها لا تعدوهما، وقد جهلنا مستحقها منهما. وإن أقر الزوج بالأخ، فهو يدعي تمام النصف تسعة، والأخ يدعي ستة عشر، فالجميع خمسة وعشرون، والمقر به من السهام تسعة عشر، لاتنقسم على خمسة وعشرين، فاضرب خمسة وعشرين في أصل المسألة، ثم كل من له شيء من أصل المسألة مضروب في خمسة وعشرين، ومن له شيء من خمسة وعشرين مضروب في تسعة عشر، وعلى هذا تعمل ما ورد عليك من هذا.

بَابُ مِيراث المفقود

إذا غاب الانسان وخفي خبره، وغالب سفره السلامة، كالتاجر والسائح، انتظر به تمام تسعين سنة من يوم ولد في أشهر الروايتين، وفي الأخرى: ينتظر به أبداً، أو يرجع إلى اجتهاد الحاكم في تقدير المدة . وإن كان غالب سفره الهلاك ، كالذي يفقد من بين أهله ، أو يفقد في طريق الحج ، فإنه ينتظر به تمام أربع سنين ، لأنها أكثر مدة الحمل ، وتعتد زوجته عدة الوفاة ، وتحل للأزواج . قال أحمد : إذا أمرت زوجته أن تتزوج ، قسمت ميراثه . وقد روي عنه التوقف. وقال: قد هبت الجواب فيها، وكأني أحب السلامة، والأول المذهب. فإن مات للمفقود من يرثه في مدة غيبته ، دفع إلى كل وارث اليقين، ووقف نصيب المفقود . فإن بان حياً ، دفع إليه . وإن بان ميتاً حين موت مورثه ، رد على من يستحقه . وكذلك إن كانت المدة قد مضت ، وإن لم تكن مضت ولم يتبين أمره، فحكم نصيبه من الميراث حكم سائر ماله ، يقسم على ورثته إذا مضت المدة، لأنه محكوم بحياته ، ويجوز أن يصطلحوا على الفاضل عن نصيب المفقود من الموقوف ، لأنه حقهم . ولا يجوز أن يصطلحوا على نصيب المفقود، والله تعالى أعلم .

باب الولاء

ومن أعتق مملوكاً ؛ ثبت عليه الولاء ، لما روت عائشة : أن النبي ﷺ قال : « إنما الولاء لمن أعتق » متفق عليه . فإن عتق عليه بتدبير ، أو كتابة ، أو استيلاد ، أو قرابة ، أو بيعه عبده نفسه ، أو أعتقه عنه غيره بإذنه ، فله عليه الولاء ، لأنه عتق عليه ، فأشبه ما لو باشر عتقه . وسواء أدى المكاتب إلى السيد ، أو إلى ورثته ، لأن عتقه بكتابته وهي من سيده . فأما إن أعتق عبده عن ميت ، أوحي بغير أمره ، فالولاء للمعتق ، للخبر ، ولأنه أعتقه بغير إذن الآخر ، فكان ولاؤه للمعتق ، كالو لم ينو . ولو قال: اعتق عبدك عني وعليّ ثمنه ففعل ، فالولاء للمعتق عنه ، لأنه نائب عنه في العتق فهو كالوكيل . ولو قال : اعتقه والثمن عليّ ففعل ، فالولاء للمعتق ، لانه لم يعتقه عن غيره ، فأشبه ما لو لم يجعل له جعلاً . وإن قال : اعتقه عني ولم يذكر عوضاً ، ففيه روايتان . إحداهما : ولاؤه للمعتق ، للخبر . والثانية : للمعتق عليه ، لأنه أعتقه عنه بأمره ، فأشبه مالو كان بعوض .

فصل

ومن أعتق عبده سائبة ، أو قال : أعتقتك ولا ولاء لي عليك ،أو أعتقه من زكاته ، أو كفارته، أو نذره ، ففيه روايتان . إحداهما : له عليه الولاء ،

لعموم الخبر . والثانية : لا ولاء عليه ، لأنه جعل ولاءه في السائبة ، فصح ، كرقه . وفي سائر الصور ، العتق بمال لا يستحقه ، فلم يكن له ولاء كالوكيل . فعلى هذه الرواية، مارجع من ولائهم ، يرد في مثلهم، ويكون حكم ولائهم كحكم ولاء الأولين .

فصل

وإن أعتق مسلم كافراً ، أو كافر مسلماً ، ثبت له الولاء ، للخبر . وهل يرث به ؟ فيه روايتان ذكرناهما ، فإن قلنا : لا يرث وكان للمعتق عصبة على دين المعتق ، ورثه ، لأنه يرثه لو كان المعتق ميتاً ، وكذلك إذا كان ممنوعاً من ميراثه . وإن أسلم الكافر منهما ، ورث المولى ، كما لو أسلم القريب الكافر ورثه قريبه المسلم .

فصل

ولا يجوز بيع الولاء ولا هبته، لما روى ابن عمر قال : نهى رسول الله ﷺ عن بيع الولاء وعن هبته . متفق عليه . ولأن الولاء كالنسب ، بدليل قول النبي ﷺ « الولاء لحمة كلحمة النسب » .

باب الميراث بالولاء

إذا مات المعتق ولم يخلف وارثاً من نسبه ، ورثه مولاه . وإن خلف ذا فرض ، فللمولى مافضل عنه ، لما روى عبد الله بن شداد قال : أعتقت ابنة حمزة مولى لها ، فمات وترك ابنته وابنة حمزة ، فأعطى النبي ﷺ ابنته النصف،

وابنة حمزة النصف. رواه النسائي وابن ماجه. ولا يرث المولى مع عصبة من النسب، لأنه فرع على النسب، فلا يرث مع وجوده. وإن مات العبد بعد موت مولاه، ورثه أقرب عصبة مولاه دون ذوي الفروض، لأن الولاء كالنسب، والنسب إلى العصبات، ولأنه كنسب المولى من أخ أو عم، فيرثه ابن المولى دون ابنته، كما يرث عمه. ويقدم الأقرب فالأقرب من العصبات، لما روى سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ قال: «المولى أخ في الدين، وولي نعمة، يرثه أولى الناس بالمعتق». ولأن عصبات الميت يرث منهم الأقرب فالأقرب، فكذلك عصبات المولى. ولا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتق، أو أعتق من أعتقن. وعن أبي عبد الله رواية أخرى في بنت المعتق خاصة: أنها ترث، لما روي عن النبي ﷺ أنه ورث بنت حمزة من الذي أعتقه حمزة، والصحيح أنها لا ترث، وأنها هي المعتقة للمولى، كما روى عبد الله بن شداد فيما تقدم. ولا يرث منه ذو فرض إلا الأب والجد، يرثان السدس مع الابن وابنه، لأنهما عصبة. فيقسم بينهما كما يقسم مال المعتق بينهما. فإن اجتمع الجد والأخ أو الإخوة، قسم بينهما كما يقسم ميراث المعتق، ولا يعتد بالأخوات، لأنهن لا يرثن منفردات. ويقدم الأخ للابوين على الأخ للاب، ويعادّ الأخ للابوين الجد بالأخ للأب، لأنه يرث منفرداً، ثم الأقرب فالأقرب. فإذا انقرض عصبات المولى من النسب، فلمولاه إن كان ذا مولى، ثم لأقرب عصباته. ولو اشترى رجل وأخته أباهما، أو أخاهما،

فعتق عليهما ، ثم اشترى عبداً فأعتقه ، ثم مات أبوهما أو أخوهما ، ثم مات عتيقه ، فميراثه للرجل دون أخته، لانه يرثه بنسبه من معتقه ، ولا ترث النساء من الولاء بالنسبة شيئاً .

فصل

وإذا مات رجل عن ابنين ومولى ، فمات أحد الابنين بعده عن ابن ، ثم مات المولى ، فالميراث لابن المولى، لان الولاء للكُبْر ، ومعناه أنه يرث به أقرب الناس إلى سيده يوم موت العبد . وذلك ، لأن الولاء لحمة كلحمة النسب لا يورث ، وإنما يورث به مع بقائه للمولى ، فوجب أن يكون للكُبْر ، لأنه أقرب . ولو مات المعتق وخلف ابنين ومولى ، فمات أحدهما وخلف ابناً ، ومات الآخر وخلف تسعة ، ثم مات المولى ، كان الولاء بينهم على عددهم ، لكل واحد منهم عشرة ، لما ذكرنا .

فصل في جر الولاء

إذا تزوج عبد معتقة قوم فأولدها ، فولاء الولد لمولى أمه ، لأن الحرية حصلت له بإعتاق الأم والإنعام عليها . فإن أعتق سيد العبد عبده ، أنجز ولاء الولد عن مولى الأم إلى مولى العبد ، لما روي عن الزبير أنه رأى بخيبر فتية لعساً فأعجبه ظرفهم وجمالهم ، فسأل عنهم فقيل له : موالي لرافع ابن خديج وأبوهم مملوك لآل الحرقة ، فاشترى الزبير أباهم فأعتقه ، وقال

لأولاده : انتسبوا لي ، فإن ولاءكم لي . فقال رافع بن خديج : الولاء لي ، لأنهم عتقوا بعتقي أمهم . فاحتكموا إلى عثمان ، فقضى بالولاء للزبير ، فأجمعت الصحابة عليه . ولأن الولاء فرع النسب ، والنسب معتبر بالأب . وإنما ثبت لمولى الأم، لعدم الولاء من جهة الأب ، فإذا ثبت الولاء على الأب ، عـــاد الولاء إلى موضعه ، كولد الملاعنة إذا اعترف به الزوج . وإن أعتق الجد ، لم ينجز الولاء . وعنه : ينجز . والأول المذهب ، لأن الأصل بقاء الولاء لمن ثبت له ، وإنما خولف هذا الأصل في الأب ، لإجماع الصحابةعليه فيبقى فيمن عداه على الأصل .

فصل

وإن تزوج عبد أمـة فأولدها ، فأعتقها سيدها وولدها ، ثبت لهالولاء عليهم. فإن عتق الأب بعد ذلك،لم ينجز الولاء،لأن الولاء ثبت على الولد بالمباشرة، فكان المنعم عليه بالمباشرة أولى من المنعم على أبيه . وإذا تزوج حـر الأصل بمولاة ، أو تزوج عبد ، أو مولى ، بحرة الأصل ، فلا ولاء على ولدهم بحال . وإن تزوج مولى بمولاة ، فولاء ولدها لسيد الأب ، لأن الاستدامة أقوى من الابتداء ، ثم ابتداء الحرية في الأب يُسقط استدامة الولاء لمولى الأم ، فلأن يمنع ابتداء الولاء له أولى .

فصل

إذا تزوج عبد معتقة قوم ، فأولدها ولداً ، فاشترى الولد أباه ، ثبت له ولاؤه ، وولاء أولاده ، ويبقى ولاء المعتق لمولى أمه ، لأنه لا يمكن أن يجر ولاء نفسه ، لاستحالة ثبوت ولاء الانسان على نفسه ، كما يستحيل أن يكون أبا نفسه . وإن لم يشتر أباه ، لكن اشترى عبداً فأعتقه ، ثم اشترى هذا العبد أبا سيده ، فأعتقه، فإنه ينجر إليه ولاء سيده ، ويصير كل واحد منهما مولى صاحبه من فوق ومن أسفل ، ويصير هذا كحربي أعتق عبداً فأسلم وأسر سيده ثم أعتقه .

فصل

ولو تزوج عبد معتقة ، فأولدها بنتين ، فاشتريا أباهما ، عتق عليهما ، ولهما عليه الولاء ، وتجر كل واحدة منهما إلى نفسها نصف ولاء أختها ، لإعتاقها نصف الأب ، ويبقى نصف ولاء كل واحدة منهما لمولى أمها . فإن مات الأب ، فماله لهما ، ثلثاه بالبنوة ، وباقيه بالولاء . فإن ماتت إحداهما بعده ، فلأختها نصف مالها بالنسب ، ونصف الباقي بكونها مولاة نصفها ، ويبقى الربع لمولى أمها . وإن ماتت إحداهما قبل الأب ، فمالها لأبيها بالنسب . فإذا مات الأب بعدها ، فللباقية نصف ميراث أبيها بالنسب ، ونصف الباقي بالولاء ، يبقى الربع لموالي الميتة ، وهم أختها وموالي أمها ، لأختها نصفه، وهو الثمن، صار

لها سبعة أثمان المال ، ولموالي أم الميتة الثمن ، فإذا ماتت هذه بعدهما ، فنصف مالها لموالي أمها بالولاء ، ونصفه لموالي أختها الميتة، وهم أختها وموالي أمها، فيكون الربع لموالي أمها ، والربع الباقي يرجع إلى هذه الميتة ، فهذا الجزء دائر ، لأنه خرج من هذه وعاد إليها . فقال القاضي : يجعل في بيت المال ، لأنه لا مستحق له . وإن مات الأب بعد موتها ، فلموالي أمها ثلاثة أرباع ماله ، وربع دائر يرجع إلى بيت المال . وذكر أبو عبد الله الرقي : أن قياس قول أحمد : أن هذا السهم يرد إلى موالي الأم ، فعلى هذا يكون جميع الميراث لموالي الأم .



كتاب العتق

وهو : قربة مندوب إليها ، بدليل ما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « من أعتق رقبة مؤمنة ، أعتق الله بكل إرب منها، إرباً منه من النار» رواه مسلم ، حتى إنه ليعتق اليد باليد ، والرجل بالرجل ، والفرج بالفرج . والأفضل عتق من له قوة وكسب يستغني به ، فأما من لا كسب له ، فحكي عن أحمد : أنه لا يستحب عتقه ، لأنه يتضرر بفوات نفقته الواجبة له ، وربما صار كلاً على الناس .

فصل

ويحصل العتق بثلاثة ، القول ، والملك ، والاستيلاد ، ولا يحصل بالنية المجردة ، لأنه إزالة ملك ، فلم يحصل بمجرد النية ، كالطلاق . وألفاظه ، تنقسم إلى صريح وكناية ، فالصريح : لفظ العتق ، والحرية ، وما تصرف منهما ، لأنه يثبت لهما عرف الشرع والاستعمال ، فكانا صريحين ، كلفظ الطلاق في الطلاق، فإن أراد بهما غير العتق ، كرجل يقول لغلامه: هو حر ، يريد أنه عفيف كريم الأخلاق ، أو يغالبه فيقول : ما أنت إلا حر ، يريد أنك تمتنع من طاعتي

امتناع الحر ، فقد قال أحمد في رواية حنبل : أرجو أن لا يعتق ، وأنا أهاب المسألة ، فظاهر هذا أنه لا يعتق ، لأنه نوى بلفظه ما يحتمله ، فانصرف إليه . كما لو نوى العتق بكنايته .

والكناية: نحو قوله: قد خليتك ، واذهب حيث شئت ، والحق بأهلك، وحبلك على غاربك ، ونحوه . فلا يعتق بذلك حتى ينويه ، لأنه يحتمل غير العتق ، فأشبه كناية الطلاق فيه ، وفي قوله : لا سبيل لي عليك ، ولا سلطان لي عليك ، وأنت سائبة ، وفككت رقبتك ، ولا رق لي عليك ، ولا ملك لي عليك ، وأنت لله ، وأنت مولاي ، وملكتك نفسك . فيه روايتان . إحداهما : هو صريح في العتق ، لأنها تتضمن العتق ، وقد جاء في كتاب الله تعالى (فك رقبة) البلد : ١٣ .يعني : العتق ، فكانت صريحة، كقوله : أعتقتك . والثانية : هو كناية ، لأنها تحتمل غير العتق . وقال القاضي : قوله: لارق لي عليك ، ولا ملك لي عليك ، وأنت لله ،صريح. نص عليه أحمد ،في : أنت لله ، لأن معناه: أنت حر لله . واللفظان الأولان صريحان في نفي الملك ، والعتق من ضرورته . وفي قوله لأمته : أنت طالق ، أو أنت حرام عليَّ ، روايتان . إحداهما : هو كناية ، تعتق به إذا نوى به العتق ، لأن الرق أحد الملكين في الآدمي، فيزول بلفظ الطلاق ، كملك النكاح ، والحرية يحصل بها تحريمها عليه، فجاز أن يكون كناية فيه . والثانية : ليس بكناية ، لأنه ملك لا يستدرك

" حعة ، فلم يزل بالطلاق ، كملك المال . والتحريم صريح في الظهار ، فلم يكن كناية في العتق ، كقوله : أنت عليّ كظهر أمي .

فصل

ولا يصح العتق إلا من جائز التصرف ، ولا يصح من صبي، ولا مجنون ولا سفيه ، لأنه تبرع في الحياة ، فأشبه الهبة . ولا يصح عتق الموقوف ، لأن فيه إبطالاً لحق البطن الثاني منه ، وليس له ذلك .

فصل

فإن كان العبد بين شريكين ، فأعتق أحدهما نصيبه وهو موسر ، عتق كله ، ووجب عليه قيمة نصيب شريكه . لما روى ابن عمر ، أن النبي ﷺ قال : « من أعتق شركاً له في عبد ، فإن كان له ما يبلغ ثمن العبد ، قوّم عليه قيمة العدل ، فأعطى شركاءه حصصهم ، وعتق العبد وإلا فقد عتق عليه ما عتق » متفق عليه. وفي لفظ « وكان له ما يبلغ ثمنه بقيمة العدل، فهو عتيق ». وفي لفظ « فقد عتق كله » ويعتق كله ، حال إعتاق الشريك ، للخبر . ولأنه سراية قول ، فنفذ في الحال : كطلاق بعض الزوجة ، فإن أعتقه الشريك ، عقيب عتق الأول ، وقبل أخذ القيمة ، لم يثبت له فيه عتق ، لأنه صار حراً بعتق الأول . ولو لم يؤد القيمة حتى أفلس ، كانت ديناً في ذمته ، وعتقه ماض ، ووقت التقويم ، وقت العتق ، لأنه وقت الإتلاف ، فأشبه الجناية ، فإن

اختلفا في القيمة ، فالقول قول المعتق ، لأنه غارم . وإن اختلفا في صناعة ، تزيد بها قيمته ، أو عيب تنقص به قيمته ، فالقول قول من ينفيه ، لأن الأصل عدمه، وسواء كان المعتق مسلماً أو كافراً ، لأنه تقويم متلف، فاستوى فيه المسلم والكافر، كتقويم المتلفات . ويحتمل أن لا يسري عتق الكافر في المسلم ، لأنه لا يجوز أن يتملكه . وإن كان نصيب الشريك وقفاً ، لم يعتق ، لأن الوقف لا يعتق بالمباشرة ، فبالسراية أولى . وإن كان المعتق معسراً ، عتق نصيبه منه خاصة ، وباقيه على الرق ، للخبر ، ولأن سراية العتق ضرر بالشريك ،لتلف ماله بغـير رضاه ، من غير عوض يجبره . وعنه : يستسعي العبد في قيمة باقيه ، ويعتق كله. لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « من أعتق شقصاً له في مملوكه ، فعليه أن يعتقه كله ، إن كان له مال ، وإلا استسعى العبد غـير مشقوق عليه » رواه أبو داود . والأول : أصح ، لأن خبر ابن عمر أصح ، ولأن الإحالة على السعاية ، إحالة على وهم ، وفيه ضرر بالعبد ، بإجباره على الكسب من غير اختياره ، فإن كان معه قيمة البعض ، عتق منه بقدره ، لأن ما وجب بالاستهلاك إذا عجز عن البعض ، وجب بقدر ما قدر عليه ، كقيمة المتلف .

فصل

فإن أعتق المعسر بعض عبده ، عتق كله ، لأنه موسر بما يسري إليه ،

فأشبه ما لو أعتق بعض عبد ، وهو موسر بقيمة باقيه ، فإن أعتق بعضه في مرض موته ، عتق منه ما يحتمله الثلث وإن زاد على قدر ما أعتق ، لأن عتق بعضه كعتق جميعه ، وإن احتمل الثلث جميعه ، عتق كله .

فصل

إذا ملك بعض عبد ، فأعتقه في مرض موته أو دبره ، فعتق بموته ، وكان ثلث ماله يفي بقيمة حصة شريكه ، أعطي وكان كله حراً في إحدى الروايتين ، لأن ثلثه له، فكان موسراً به ، والأخرى :لا يعتق منه إلا ما ملك، لأن حق الورثة تعلق بماله ، إلا ما استثناه من الثلث بتصرفه فيه . ذكرهما الخرقي، وأبو الخطاب . قال الخرقي : وكذلك الحكم إذا دبر بعضه وهو مالك لكله ، لأن ملكه يزول عما سوى المعتق . وقال القاضي : إن أعتقه في مرض موته وهو موسر ، عتق جميعه،لأنه أعتقه وهو موسر بثمن جميعه،فدخل في الخبر، وإن دبره ، لم يعتق إلا ما ملك ، لأن ملكه زال بالموت ، إلا ما استثناه بوصيته . وصحح الرواية الأولى في العتق في المرض . والثانية في التدبير.

فصل

وإذا كان العبد لثلاثة ، لأحدهم نصفه ، وللآخر ثلثه ، وللثالث سدسه ، فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس معاً ، وهما موسران ، عتق عليهما ، وضمنا حق شريكهما فيه بالسوية ، لأن التقويم المستحق بالسراية ،

يسقط على عدد الرؤوس ، كما لو اشترك اثنان في جراحة رجل ، جرحه أحدهما جُرحاً ، والآخر عشرة ، ويكون ولاؤه بينهما أثلاثاً ، لصاحب النصف ثلثاه ، ولصاحب السدس ثلثه ، ويحتمل أن يقوم عليهما على قدر ملكيهما ، لأنه يستحق بالملك ، فكان على قدره ، كالشفعة ، فيكون ولاؤه بينهما أرباعاً .

فصل

وإذا كان العبد لثلاثة ،فأعتقوه معاً ، أو وكل نفسان الثالث ،فأعتق حقهما مع حقه ، أو أعتقه كل واحد منهم وهو معسر ،عتق على كل واحد حقه منهم، وولاؤه بينهم أثلاثاً ، وإن أعتقه الأول وهو معسر ، وأعتقه الثاني وهو موسر؛ عتق عليه نصيبه ونصيب شريكه ، وكان ثلث ولائه للمعتق الأول ، وثلثاه للمعتق الثاني . وإن قال اثنان منهم للثالث : إذا أعتقت نصيبك فنصيبنا حر ، فأعتق نصيبه وهو موسر عتق كله عليه،وقوِّم عليه نصيب شريكيه، وولاؤه له دونهما ،ويحتمل أن يعتق نصيبهما عليهما ، لأن إعتاق نصيبهما يتعقب إعتاق نصيبه، ولا تسبقه السراية،وإن كان معسراً، عتق عليه نصيبه خاصة،وعتق نصيب صاحبيه بالشرط ، وولاؤه بينهم أثلاثاً ، سواء اتفقا في القول، أوسبق به أحدهما، لأن الوقوع بوجود الشرط ، وقد استويا فيه ، وإن قالا له : إذا أعتقت نصيبك ، فنصيبنا حر مع نصيبك ، فأعتق نصيبه ، عتق نصيب كل واحد على مالكه ، لأن عتقه وقع في حالة واحدة .

فصل

فأما العتق بالملك ، فإن من ملك ذا رحم محرم ، عتق عليه بمجرد ملكه، لما روى سمرة ، أن النبي ﷺ قال : « من ملك ذا رحم محرم ؛ فهو حر » رواه أبو داود . ولأنه ذو رحم محرم فعتق عليه إذا ملكه كالولد . وعنه : لا يعتق عليه، إلا عمودا النسب، بناء على أن نفقة غيرهم لا تجب . وإن ملك بعض من يعتق عليه بسبب غير الميراث ، فهو كإعتاقه له في تقويم باقيه عليه مع اليسار ، وبقائه على الرق مع الإعسار ، لأنه عتق بسبب من جهته ، فأشبه إعتاقه بالقول. وإن ملكه بالإرث ، لم يعتق منه إلا ما ملك ، موسراً كان أو معسراً ، لأنه لا اختيار له في إعتاقه ، ولا سبب من جهته . ونقل عنه المروذي : ما يدل على أنه يعتق عليه نصيب الشريك إذا كان موسراً ، لأنه ملك بعضه ، أشبه البيع . وإذا ملك ولده من الزنا ، لم يعتق عليه على ظاهر كلام أحمد رضي الله عنه ، لأنه لا تجب عليه نفقته ، ويحتمل أن يعتق عليه ، لأنه ولد يحرم نكاحه، فعتق ، كولد الرشيدة .

فصل

وإن وهب لصبي من يعتق عليه ، أو وصى له به، وكان بحيث لا يجب على الصبي نفقته لكون الصبي معسراً ، أو الموهوب صحيحاً كبيراً . إذا كسب، وجب على الولي قبول الهبة والوصية ، لأن فيه نفعا للصبي ، وجمالا بحرية قريبه من

غير ضرر . وإن كان بحيث تلزمه نفقته ، لم يكن له قبوله ، لأن فيه ضرراً بإلزامه نفقته . وان وهب له جـــزء ممن يعتق عليه ، وكان ممن لا تجب نفقته ، ففيه وجهان مبنيان على أنه : هل يقوّم على الصبي باقيه؟ فيه وجهان . أحدهما : لا يقوّم عليه باقيه ، لأنه يدخل في ملكه بغير سبب من جهته ، أشبه الإرث ، فعلى هذا يلزم وليه قبوله ، لما فيه من النفع الخـــالي عن الضرر . والثاني : يقوّم عليه ، لأن قبول وليه يقوم مقام قبوله ، كما لو قبل وكيل البالغ ، فعلى هذا لا يملك قبوله . فإن قبل في موضع لا يملك القبول ، لم يصح ، ولا يملك الولي شراء من يعتق على الصبي ، لأنه إذا لم يملك قبول الهبة التي لا عوض فيها ، فالبيع أولى .

فصل

وإذا أعتق في مرضه عبيداً لا مال له غيرهم ، أو دبرهم ، أو أوصى بعتقهم ، أو دبر أحدهم وأوصى بعتق الباقين ، لم يعتق منهم إلا الثلث ، إلا أن يجيز الورثة ، فيقرع بينهم بسهم حرية ، وسهمي رق ، فمن خرج له سهم حرية ، عتق ، ورقّ الباقون ، لما روى عمران بن حصين : أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة مملوكين في مرضه لا مال له غيرهم ، فجزأهم رسول الله ثلاثة أجزاء ، فأعتق اثنين ، وأرق أربعة . أخرجه مسلم . وإن كان عليه دين يستغرقهم ، لم يعتق منهم شيء ، لأن عتقهم وصية ، وقد قضى رسول الله ﷺ : أن الدين قبل

الوصية . وإن كان يستغرق بعضهم، عتق من باقيهم ثلثه ، فيقرع بينهم لإخراج الدين ، ثم يقرع بينهم لإخراج الحرية ، فإن كان الدين يستغرق نصفهم، جزأناهم جزأين ، وأقرعنا بينهم بسهم دين ، وسهم تركة ، فمن خرج له سهم الدين ، بيع فيه ، ثم يقرع بين الباقين بسهم حرية ، وسهمي رق كما ذكرنا .

فصل

ولو أعتقهم وثلثه يحتملهم ، فأعتقناهم، ثم ظهر عليه دين يستغرقهم ، بعناهم فيه ، لما ذكرنا . فإن قال الورثة : نحن نقضي الدين ونجيز العتق ، احتمل أن لهم ذلك ، لأن المانع إنما هو الدين ، فإذا قضي ، زال المانع ، فثبت العتق ، واحتمل أنه ليس لهم ذلك ، لأن الغرماء تتعلق حقوقهم بالتركة ، فلم يملك الورثة إبطالها بالقول ، لكن إذا قضوا الدين ، فلهم استئناف العتق . وإن أعتقنا بعضهم بالقرعة ، ثم ظهر عليه دين يستغرق بعضهم ، احتمل أن يبطل العتق في الجميع ، كما لو اقتسم الشركاء ، ثم ظهر لهم شريك ثالث ، واحتمل أن يبطل بقدر الدين ، لأن بطلانه لأجل الدين ، فيقدر بقدره . ولو أعتقهم ، فأعتقنا منهم واحداً يعجز ثلثه عن أكثر منه ، ثم ظهر له مال يخرجون من ثلثه، تبينا أن الباقين كانوا أحراراً من حين أعتقهم ، فيكون كسبهم لهم ، لأنهم يخرجون من الثلث .

فصل

فإن مات بعضهم ، أقرعنا بينهم ، فإن خرجت لميت حسبناه من التركة، وقوّمناه حين العتق ، لأنه خرج بذلك من التركة . وإن خرجت لحي، نظرنا في الميت ، فإن مات في حياة المعتق أو بعدها قبل قبض الوارث ، لم يحسب من التركة ، لأنه لم يصل إلى الوارث ، فيكون لتركة الحيين ، فيكمل ثلثها ممن وقعت عليه القرعة ، وتعتبر قيمته حين إعتاقه ، لا حين إتلافه . وحكى أبو الخطاب عن أبي بكر : أن الميت يحسب من التركة ، ويعتق من تقع عليه القرعة إن خرج من الثلث ، لأننا حسبناه من التركة إذا وقعت القرعة له ، فكذلك إذا وقعت لغيره . فإن مات بعد قبض الوارث ، حسب من التركة ، لأنه وصل إليه .

فصل في كيفية القرعة

قال أحمد : بأي شيء خرجت القرعة ، وقع الحكم به ، سواء كانت رقاعاً أو خواتيم ، وذلك لأن الشرع ورد بالقرعة ، ولم يرد بكيفيتها ، فوجب ردها إلى ما يقع عليه الاسم مما تعارفه الناس ، والأحوط أن تقطع رقاع متساوية يكتب في كل رقعة اسم ذي السهم ، ثم يجعل في بنادق طين ، أو شمع، متساوية ، ثم يغطى بثوب ، ويقال لرجل : أدخل يدك ، فأخرج بندقة ، فيفضها ، ويعلم ما فيها ، فإن كان القصد عتق الثلث ، جزأ

العبيد ثلاثة أجزاء ، فإن أمكن تجزئتهم بالعدد والقيمة ، كستة أعبد قيمتهم متساوية ، جعلنا كل اثنين جزءاً كما فعل النبي ﷺ فيهم . وإن كانت قيمتهم مختلفة ، إلا أننا إذا ضممنا قليل القيمة إلى كثيرها ، صار أثلاثاً ، فعلنا ذلك . وإن أمكن تعديلهم بالقيمة دون العدد ، كستة قيمة أحدهم الثلث ، وقيمة اثنين الثلث ، وقيمة ثلاثة الثلث ، جزّأناهم بالقيمة . وإن لم يمكن تعديلهم بقيمة ولا عدد ، كثمانية أعبد قيمتهم مختلفة ، أو متساوية ، احتمل أن لا نجزئهم ، بل نخرج قرعة الحرية لواحد واحد ، حتى يستوفى الثلث ، واحتمل أن نقارب بينهم ، ونجزئهم ثلاثة أجزاء ، فنجعل ثلاثة جزءاً ، وثلاثة جزءاً ، واثنين جزءاً ، فإن خرجت القرعة على زائد على الثلث ، أقرعنا بين من وقعت لهم القرعة ، فكملنا الحرية في بعضهم ، وتممنا الثلث من الباقين . وإن وقعت على ما دون الثلث ، عتقوا ، وأعدنا القرعة لتكميل الثلث من الباقين . وإن أعتق عبدين ، قيمة أحدهما مثلا قيمة الآخر ، أقرعنا بينهما بسهم حرية ، وسهم رق ، فإن وقع سهم الحرية للأدنى عتق ، وإن وقع للأكثر ، عتق نصفه . فإن كانت قيمة أحدهما مائتين ، والآخر ثلاثمائة ، جمعنا قيمتهما ، ثم أقرعنا بينهما ، فمن خرج له سهم الحرية ، ضربنا قيمته في ثلاثة ، ونسبنا قيمتهما إلى المرتفع بالضرب ، فما خرج من النسبة ، عتق من العبد قدره ، فإذا وقعت على الذي قيمته مائتان ، ضربناه في ثلاثة ، صار ستمائة ، ونسبنا قيمتهما إلى ذلك ، نجدها خمسة أسداسه ،

فيعتق منه خمسة اسداسه . وإن وقعت على الآخر ، عتق منه خمسة أتساعه لذلك ، وهكذا نصنع في أمثال ذلك .

فصل

إذا أعتق الأمة وهي حامل ، عتق جنينها ، لأنه يتبعها في البيع والهبة ، ففي العتق أولى ، فإن استثنى جنينها ، لم يعتق ، لما روي عن ابن عمر : أنه أعتق أمة واستثنى ما في بطنها ، ولأنها ذات حمل ، فصح استثناء حملها ، كما لو باع نخلة لم تؤبّر ، واشترط ثمرتها . وقال القاضي : يخرج على الروايتين فيما إذا استثنى ذلك في البيع . والمنصوص عن أحمد ما ذكرناه . وإن أعتق جنينها وحده ، لم تعتق هي ، لأنها ليست تابعة له ، فلا تعتق بعتقه ، كما لو أعتقه بعد الولادة .

فصل

وإذا كان العبد بين شريكين ، فادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق نصيبه ، لم يخل من أحوال ثلاثة .

أحدها : أن يكونا موسرين فيصير العبد حراً ، لاعتراف كل واحد منهما بحريته بإعتاق شريكه ، ويبقى كل واحد منهما يدعي على شريكه قيمة حقه منه ، فإن لم يكن بينة ، حلف كل واحد منهما لصاحبه وبرىء . وإن نكل أحدهما ، قضي عليه . وإن نكلا جميعاً ، تساقطا حقاهما ، ولا ولاء على العبد ، لأنه لا يدعيه أحد . فإن اعترف به أحدهما بعد ذلك ، ثبت له ، سواء كانا عدلين أو فاسقين .

الحال الثاني : أن يكونا معسرين ، فلا يقبل قول كل واحد منهما على صاحبه ، لأنه لا اعتراف فيه بالحرية ، لعدم السراية في إعتاق المعسر ، فإن كانا فاسقين ، فلا عبرة بقولهما . وإن كانا عدلين ، فللعبد أن يحلف مع كل واحد منهما ، ويصير حراً ، أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً . وإن كان أحدهما عدلاً ، والآخر فاسقاً ، فله أن يحلف مع العدل. هذا إذا قلنا:إن الحرية ثبتت بشاهد ويمين ، ولا ولاء لواحد منهما أيضاً ، لأنه لا يدعيه .

الحال الثالث : أن يكون أحدهما موسراً ، والآخر معسراً ، فيعتق نصيب المعسر وحده ، لاعترافه بحريته ، لأنه يعترف بعتق الموسر الذي يسري إلى نصيبه ، ويبقى نصيب الموسر رقيقاً ، لأنه إنما اعترف بإعتاق شريكه الذي لا يسري ، فلا يؤثر . فإن كان المعسر عدلاً ، فللعبد أن يحلف مع شهادته ، ويصير حراً إذاقلنا: إن الحرية ثبتت بشهادة ويمين .

فصل

وإن ادعى أحد الشريكين أن شريكه أعتق نصيبه وهما موسران ، أو المدعى عليه موسر وحده ، عتق نصيب المدعي وحده ، لاعترافه بحريته ، وبقي نصيب المدعى عليه رقيقاً . وإن كانا معسرين ، او المدعى عليه معسراً،لم يعتق منه شيء . فإن اشترى المدعي نصيب صاحبه ، عتق ولم يسر إلى نصيبه ، لأن عتقه باعترافه بحريته ، لا بإعتاقه .

فصل

إذا ادعى العبد أن سيده أعتقه ، وأقام شاهداً ، حلف مع شاهده ، وصار حراً في إحدى الروايتين ، والأخرى: لا يثبت ذلك بشاهد ويمين ، لأنه ليس بمال ، ولا المقصود منه المال ، فأشبه الطلاق .

فصل

إذا مات رجل وخلف ابنين وعبدين متساوي القيمة ، فاعترف كل واحد منهما بعتق أحد العبدين ، عتق من كل واحد ثلثه ، ولكل واحد من الابنين سدس العبد الذي اعترف بعتقه ، ونصف الآخر ، لأنه يزعم أن ثلثي العبد الذي اعترف بعتقه حر ، ويبقى ثلثه لكل واحد منهما سدسه . وإن قال أحدهما: أبي أعتق هذا . وقال الآخر : أبي أعتق أحدهما لا أدري مَن منهما، أقرعنا بينهما ، فإن وقعت القرعة على الآخر ، عتق من كل واحد ثلثه ، كالتي قبلها ، لأن القرعة قائمة مقام تعيينه . وإن وقعت على الذي اعترف أخوه بعتقه، عتق ثلثاه ، إلا ان يجيزا عتقه كاملاً ، وصار كالمتفق على عتقه .

باب تعليق العتق بالصّفة

ويجوز تعليق العتق بصفة، نحو قوله: إن دخلت الدار فأنت حر ، أو: إن أعطيتني ألفاً ، فأنت حر ، لأنه عتق بصفة ، فجاز ، كالتدبير ، ولا يعتق

قبل وجود الصفة بكمالها ، لأنه حق علّق على شرط ، فلا يثبت قبله ، كالجعل في الجعالة . وإن قال ذلك في مرض موته ، اعتبر من الثلث ، لأنه لو أعتقه ، اعتبر من الثلث ، فإذا عقده ، كان أولى . فإن قال في الصحة : فهو من رأس المال ، سواء وجدت الصفة في الصحة أو المرض ، لأنه غير متهم بالإضرار بالورثة في تلك الحال . وقال أبو بكر : إن وجدت الصفة في المرض ، فهو من الثلث ، لأن حق الورثه قد تعلق بالثلثين ، فلم ينفذ إعتاقه فيها ، كما لو نجز العتق . وإن مات السيد قبل وجود الصفة ، بطلت ، لأن ملكه يزول بموته ، فيبطل تصرفه بزواله . وإن قال : إن دخلت الدار بعد موتي ، فأنت حر ، ففيه روايتان . إحداهما : لاتنعقد هذه الصفة ، لأنه علق عتقه على صفة توجد بعد زوال ملكه ، فلم تصح ، كما لو قال : إن دخلت الدار بعد بيعي إياك ، فأنت حر . والثانية : تنعقد ، لأنه إعتاق بعد الموت فصح ، كما لو قال : أنت حر بعد موتي .

فصل

وإن علق عتق أمته على صفة وهي حامل ، تبعها ولدها في ذلك ، لأنه كعضو من أعضائها . فإن وضعته قبل وجود الصفة ثم وجدت ، عتق الولد ، لأنه تابع في الصفة ، فأشبه مالو كان في البطن . وإن علق عتقها وهي حائل ، ثم وجدت الصفة وهي حامل ، عتقت هي وحملها ، لأن العتق وجد فيها وهي

حامل ، فتبعها ولدها ، كالعتق المطلق . وإن حملت ثم ولدت ، ووجدت الصفة ، لم يعتق الولد ، لأن الصفة لم تتعلق به . وفيه وجه آخر : يتبعها قياساً على ولد المدبرة . وإن بطلت الصفة ببيع أو موت . لم يعتق الولد ، لأنه إنما يتبعها في العتق ، لا في الصفة . فإذا لم توجد فيها ، لم توجد فيه ، بخلاف ولد المدبرة ، فإنه يتبعها في التدبير . فإذا بطل فيها ، بقي فيه .

فصل

وإذا علق العتق بصفة ، لم يملك إبطالها بالقول ، لأنه كالنذر ، ويملك ما يزيل الملك فيه من البيع وغيره . فإن باعه ثم اشتراه ، فالصفة بحالها ، لأن التعليق والصفة وجدا في ملكه ، فعتق ، كما لو لم يزل الملك . فإن وجدت الصفة بعد زوال الملك ، ثم اشتراه ، فهل تعود الصفة ؟ فيه روايتان . إحداهما : لا تعود ، لأنها انحلت بوجودها في ملك المشتري ، فلم تعد ، كما لو انحلت بوجودها في ملكه . والثانية : تعود ، لأنه لم توجد الصفة التي يعتق بها ، فأشبه ما لو عاد إلى ملكه قبل وجود الصفة ، ولأن الملك مقدر في الصفة ، فكأنه قال : إذا دخلت الدار وأنت في ملكي ، فأنت حر ، ولم يوجد ذلك .

فصل

وإن علق العتق على صفة قبل الملك فقال لعبد أجنبي : إذا دخلت الدار فأنت حر ، ثم ملكه ودخل الدار ، لم يعتق ، لأنه لا يملك تنجيز العتق ، فلا

يملك تعليقه ،ولأن النبي ﷺ قال: «لا عتق قبل ملك ». رواه أبو داود الطيالسي. وإن قال : إن ملكتك ، فأنت حر . أو : إن ملكت فلاناً ، فهو حر ، ففيه روايتان . إحداهما: لا يعتق لذلك. والثانية: يعتق إذا ملكه، لأنه أضاف العتق إلى حال يملك عتقه فيه ، فأشبه ما لو كان التعليق في ملكه . وإن قال الحر : كل مملوك أملكه ، فهو حر ، ففيه روايتان ، لما ذكرنا . وإن قال: ذلك العبد ، ثم عتق وملك، فهل يعتق عليه ؟ على وجهين . أحدهما : يعتق عليه ، كالحر . والثاني : لا يعتق عليه ، لأن العبد لا يملك ، فلا يصح منه التعليق . ولو قال الحر : آخر مملوك أشتريه ، فهو حر ، وقلنا بصحة التعليق، فمتى مات ، تبينا حصول الحرية لآخر مملوك اشتراه من حين الشراء فيكون اكتسابه له . فإن أشكل الآخر منهم، أقرع بينهم ، لإخراج الحر ، وكذلك لو قال لأمته : أول ولد تلدينه فهو حر ، فولدت ابنين ، أقرع بينهما إذا أشكل أولهما خروجاً .

باب التدبير

ومعناه: تعليق الحرية بالموت، وصريحه: أنت حر، أو عتيق بعد موتي ، أو أنت مدبر ، أو قد دبرتك ، لأن هذا اللفظ موضوع له ، فكان صريحا فيه، كلفظ العتق في الإعتاق ، وهو مستحب ، لأنه يقصد به التعق،ويعتبر من

الثلث ، لأنه تبرع بالمال بعد الموت ، فهو كالوصية. ونقل عنه حنبل : أنه من رأس المال ، وليس عليه عمل . وذكر أبو بكر : أنه كان قولاً قديماً ، وربما رجع عنه .

فصل

ويجوز مطلقاً ومقيداً ، فالمطلق كما ذكرنا ، والمقيد نحو أن يقول : إن مت من مرضي هذا ، أو في هذا البلد، فأنت حر ، لأنه تعليق على صفة ، فجاز مطلقاًومقيداً. والمقيد: كتعليقه على دخول الدار . وإن قال : إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتي ، جاز ، لأنه تعليق على صفة ، فجاز تعليقه على صفة أخرى ، كما ذكرنا. فإن دخل الدار في حياة السيد ، فهو مدبر ، وإن لم يدخل حتى مات ، بطلت الصفة بالموت ، لأنه يزول به الملك ، ولم يوجد التدبير ، لعدم شرطه .

فصل

ويجوز تدبير المعلق عتقه على صفة وتعليق عتق المدبر على صفة ، لأن التدبير تعليق على صفة ، فلا يمنع التعليق على صفة أخرى ، كغيره من الصفات. فإن وجدت إحداهما ، عتق وبطلت الأخرى ، لزوال الرق قبل وجودها . ويجوز تدبير المكاتب ، كما يجوز تعليق عتقه على صفة ، وتجوز كتابة المدبر ، كما يجوز أن يبيعه نفسه . فإذا كاتبه ودبره ، فأدى كتابته قبل موت سيده ؛عتق

وبطل التدبير . فإن مات السيد قبل الأداء ؛ عتق بالتدبير إن حمل الثلث مابقي من كتابته ، وبطلت الكتابة . وإن لم يحمله الثلث ، عتق منه قدر الثلث ،وسقط من مال الكتابة بقدر ماعتق ، وهو على الكتابة فيا بقي ،وما في يده من الكسب ، له في الحالين ، لأنه كان مملوكاً له ولم يوجد مايخرجه عن يده، فبقي له، كما لو أبرأه من مال الكتابة ، ويحتمل أن تكون كتابة المدبر رجوعاً في تدبيره ، إن قلنا: إنه يملك إبطاله بالرجوع فيه ، ولا يصح تدبير أم الولد ، لأنها تستحق العتق بموت سيدها ، بسبب مؤكد ، فلا يفيد التدبير . ولو استولد المدبرة ، بطل تدبيرها لذلك .

فصل

ويجوز بيع المدبر ، لما روى جابر بن عبد الله : أن رجلاً من الأنصار أعتق غلاماً له عن دبر منه ، ولم يكن له مال غيره ، فاحتاج. فقال رسول الله ﷺ :« من يشتريه مني ؟فباعه من نعيم بن عبدالله بثمانمائة درهم،فدفعها إليه وقال : أنت أحوج منه»رواه البخاري ومسلم والنسائي . ولأنه إما وصية،وإما تعليق على صفة،وأيها كان،لم يمنع البيع .وعن أحمد:أنه لا يباع الا في الدين،أو حاجة صاحبه، لأن النبي ﷺ إنما باعه لحاجة صاحبه ، وعنه : لا يجوز بيع المدبرة خاصة ،لأن بيعها ، إباحة فرجها . والحكم في هبته ووقفه ، كالحكم في بيعه واكتسابه ومنافعه . وأرش الجناية عليه لسيده ، لأنه كالقن . وإن جنى فسيده بالخيار

بين فدائه ، أو تسليمه للبيع ، كالقن . فإن مات السيد قبل ذلك ،عتق ، وأرش جنايته في تركته ، لأنه عتق من جهته، فتعلق الأرش بماله ، كالمنجز . وإن كانت الجناية لاتستغرق قيمته ، فبيع بعضه فيها ، فباقيه باق على التدبير ، لأن المانع اختص ببعضه ، فوجب أن يختص المنع به .

فصل

وإذا زال ملكه عن المدبر ، ببيع أو غيره ، ثم عاد إليه ، رجع التدبير بحاله ، لأنه علق العتق بصفة ، فلم تبطل بالبيع ، كالتعليق بدخول الدار . وفيه وجه آخر : أنه يبطل بالبيع ، لأنه وصية ، فبطل بالبيع ، كالوصية له بمال .

فصل

ولو دبره ، ثم قال : قد رجعت في تدبيري ، أو أبطلته ، لم يبطل ، لأنه تعليق بصفة ، فأشبه تعليقه بدخول الدار . وعنه : يبطل ، لأنه تصرف معلق بالموت يعتبر من الثلث ، فأشبه الوصية . وإن قال للمدبر : إن أديت إلى ورثتي ألفاً ، فأنت حر ، فهو رجوع ، لأنه وقفه على أداء ألف ، وذلك مناف للتدبير ، فأشبه قوله: رجعت في تدبيرى . والصبي كالبالغ في هذا ، لأنه مثله في التدبير ، فكان مثله في الرجوع فيه .

فصل

وإذا دبر أحد الشريكين نصيبه ، لم يسر إلى نصيب شريكه ، لأنه تعليق للعتق بصفة ، أو وصية ، وكلاهما لا يسري ، ويحتمل أن يضمن ويصير كله مدبراً له ، لأنه سبب يوجب العتق بالموت فسرى ، كالاستيلاد . فإن أعتق الآخر نصيبه ، سرى العتق إلى جميعه ، وقوّم عليه نصيب شريكه ، لحديث ابن عمر . ويحتمل أن لا يسري العتق فيه ، إذا قلنا : إنه يجوز بيعه .

فصل

وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها ، فولدها بمنزلتها ، لأنها تستحق الحرية بالموت ، فيتبعها ولدها ، كأم الولد . ولا يتبعها ولدها الموجود قبل التدبير ، لأنه لا يتبع في حقيقة العتق ، ففي تعليقه أولى . وذكر أبو الخطاب فيه رواية أخرى : أنه يتبعها في التدبير . وإن دبر عبده ، ثم أذن له في التسري ، فولد له ولد ، لم يكن مدبراً ، لأن أمه غير مدبرة . وعنه : أنه يصير مدبراً ، لأنه ولده من أمته فيتبعه ، كولد الحر . وإذا صار الولد مدبراً لتدبير أمه ، فبطل تدبيرها لبيعها ، والرجوع في تدبيرها ، لم يبطل في ولدها ، لأنه استحق الحرية ، فلم يبطل حقه ، لمعنى وجد في غيره ، كما لو باشره بالتدبير .

فصل

ويصح تدبير الصبي المميز ، والسفيه ، لما ذكرنا في صحة وصيتهما. ويصح

تدبير الكافر، لأنه يصح إعتاقه . فإن أسلم مدبره ، أمر بازالة ملكه عنه ، لأن الكافر لا يمكّن من استدامة الملك على مسلم ، مع إمكان بيعه . وفيه وجه آخر : أنه لا يباع ، لأنه استحق الحرية بالموت ، فأشبه أم الولد إذا أسلمت ، ولكن تزال يده عنه ؛ وينفق عليه من كسبه . فإن لم يكن ذا كسب ؛ فنفقته على سيده ؛ كأم الولد إذا أسلمت . وإن دبر المرتد عبده ؛ كان تدبيره موقوفاً ؛ كسائر تصرفاته ؛ فإن أسلم ؛ تبينا صحة تدبيره . وإن مات على الردة ؛ تبينا بطلانه . وعنه : أن ملكه يزول بنفس الردة ؛ فيكون تدبيره باطلا ؛ وهذا قول أبي بكر . وإن ارتد بعد التدبير وقتل بردته ؛ أو مات ؛ بطل التدبير ؛ لأن ملكه زال في حياته . وإن رجع صح تدبيره ؛ لأنا تبينا بقاء ملكه ؛ أو رجوعه إليه بإسلامه بعد زواله .

فصل

فإذا ادعى العبد أن سيده دبره ، فأنكر ، فالقول قول السيد مع يمينه ، لقول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعى عليه» رواه مسلم، والبخاري بمعناه. فإن أقام العبد بينة، ثبت تدبيره. وهل يكفي شاهد ويمين، أو رجل وامرأتان، أم لا يكفي إلا رجلان؟ على روايتين ، كما ذكرنا في العتق ، ويتخرج ان لا تسمع دعوى العبد بناء على أن السيد له الرجوع في التدبير . وهل يكون إنكار التدبير رجوعاً عنه ؟ على وجهين ، بناء على الوصية .

فصل

وإن قتل المدبر سيده ، بطل تدبيره ، لأنه استحقاق علق بالموت من غير فعل ، فأبطله القتل ، كالإرث والوصية .

باب الكتابة

وهو مندوب إليها في حق من يعلم فيه خيراً ، لقول الله تعالى (فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً) النور : ٣٣ يعني : كسباً وأمانة، في قول أهل التفسير . وعنه : رواية أخرى أنها واجبة ، إذا دعى العبد الذي فيه خيرٌ سيده إليها ، لظاهر الآية ، ولأن عمر أجبر أنساً على كتابة سيرين ، والأول ظاهر المذهب ، لأنه إعتاق بعوض ، فلم يجب كالاستسعاء ، والآية محمولة على الندب ، وقول عمر يخالفه فعل أنس ، فأما من لا كسب له ، ففيه روايتان . إحداهما : تكره كتابته ، لأنه يصير كلاً على الناس والثانية : لا تكره ، لعموم الأخبار في فضل الإعتاق . وإذا دعا هذا سيده إلى الكتابة ، لم يجبر رواية واحدة . وإن دعى السيد عبده إلى الكتابة ، لم يجبر عليها ، لأنه إعتاق على مال ، فلم يجبر عليه كغير الكتابة .

فصل

ولا تنعقد إلا بالقول ، وتنعقد بقوله: كاتبتك على كذا ، لأنه لفظها .

الموضوع لها ، فانعقدت به ، كلفظ النكاح فيه . ويحتمل أن يشترط أن يقول: إذا أديت إليَّ ، فأنت حر ، لأنه إعتاق معلق على شرط،فاعتبر ذكره ، والأول أولى .

فصل

ولا تصح إلا من جائز التصرف، مسلماً كان أو كافراً ، لأنها تصرف في المال ، فأشبهت البيع . فأما المميز من الصبيان ، فيصح أن يكاتب عبده بإذن وليه ، ولا يصح بغير إذنه ، كما في بيعه ، ويحتمل أن لا تصح بحال ، لأنه إعتاق . وإن كاتب السيد عبده المميز ، صح ، لأن إيجاب سيده له للكتابة إذن منه في قبولها . وإن كاتب عبده المجنون أو الطفل ، فهو عقد باطل ، وجوده كعدمه ، إلا أن القاضي قال :يعتق بالأداء ، لأن الكتابة تعليق الحرية بالأداء ، فإذا بطلت الكتابة ، كان عتقها بحكم الصفة المحضة . وقال أبو بكر: لا يعتق، لأن الكتابة ليست بصفة ، ولا يعتبر ذكر الصفة فيها بحال .

فصل

ولا تصح إلا على عوض ، لأنها عقد معاوضة،فأشبه البيع . ومن شرطه أن يكون مؤجلاً ، لأن جعله حالاً يفضي إلى العجز عن أدائه ، وفسخ العقد بذلك ، فيفوت المقصود . وأن يكون منجماً نجمين فصاعداً في قول أبي بكر، وظاهر كلام الخرقي ، لأن علياً قال : الكتابة على نجمين ، والايتاء من الثاني .

وقال ابن أبي موسى : يجوز جعل المال كله في نجم واحد ، لأنه عقد شرط فيه التأجيل ، فجاز على نجم واحد ، كالسلم ، ولأن القصد بالتأجيل إمكان التسليم عنده ، ويحصل ذلك في النجم الواحد . والأحوط نجمان فصاعداً . ويجب أن تكون النجوم معلومة ، ويعلم في كل نجم قـــدر المؤدى ، وأن يكون العوض معلوماً بالصفة ، لأنه عوض في الذمة ، فوجب فيه العلم بذلك ، كالسلم . ، ولا تصح إلا على عوض يصح السلم فيه ، لما ذكرناه . وذكر القاضي : أنه يحتمل أن يصح على عبد مطلق ، بناء على قوله في النكاح والخلع ، والصحيح ماقدمنا .

فصل

وتجوز الكتابة على المنافع ، لأنها تثبت في الذمة بالعقد ، فجازت الكتابة عليها ، كالمال . وتجوز على مال أو خدمة ، لأن كل واحد منهما ، يصح أن يكون عوضاً منفرداً ، فصح مع الآخر ، كالمالين . فإن كاتبه على خدمة شهـــر ، أو شهرين متواليين ، فهو كالنجم الواحد ، لأنها مدة واحدة ، فإن قال : على أن تخدمني شهراً ، ثم تخدمني عقيبه شهراً آخر ، صح ، لأنهما نجمان . وإن قـال : على خدمة شهر ودينار بعده بيوم ، صح ، لأنهما نجمان . فإن جعل الدينار مع انقضاء الشهر ، أو في أثنائه ، صح ، لأن الخدمة بمنزلة العوض الحال ، فصار كالأجلين ، ويحتمل أن لا يصح ، لأنهما في مدة واحدة فكانا نجماً واحداً . وإن جعل الدينار

حالاً ، عقيب العقد ، لم يصح ، لأنه عوض حال معجوز عنه ،بخلاف الخدمة ، فإنها وإن كانت بمنزلة الحال ، فهو قادر عليها .

فصل

والكتابة عقد لازم لا يملك العبد فسخها بحال . وعنه : أنه يملكه ، ولا يملك السيد فسخها قبل عجز المكاتب ، لأنه أسقط حقه منه بالعوض ، فلم يملك ذلك قبل العجز عنه ، كالبيع . وللعبد الامتناع من الأداء ، لأنه جعل شرطاً في عتقه ، فلم يلزمه، كدخول الدار . ولا تبطل بموت السيد ،ولا جنونه ، ولا الحجر عليه،ولا جنون العبد ، لأنه عقد لازم، فأشبه البيع ، وينتقل بموت السيد إلى ورثته ، لأنه مملوك لموروثهم فانتقل إليهم ، كالقن . فإذا أدى إليهم ، عتق ، وولاؤه لمكاتبه ، لأن السبب وجد منه . ولا يجوز شرط الخيار في الكتابة ، لأن الخيار شرع لدفع الغبن عن المال ، والسيد دخل على بصيرة : أن الحظ لعبده، فلا معنى للخيار . وإن اتفقا على الفسخ ، جاز ، لأنه عقد يلحقه الفسخ بالعجز عن المال ، فجاز فسخه بالتراضي ، كالبيع .

فصل

ويجوز بيع المكاتب ، لأن بريرة قالت لعائشة : يا أم المؤمنين إني كاتبت أهلي على تسع أواق، في كل عام أوقية ، فأعينيني على كتابتي ، فقال النبي ﷺ لعائشة « اشتريها » متفق عليه . ولأنه سبب يجوز فسخه، فلم يمنع البيع كالتدبير.

وعنه : لا يجوز بيعه ، لأن سبب العتق ثبت له على وجه لا يستقل السيد برفعه، فمنع البيع ، كالاستيلاد . والأول أظهر ، فإن باعه ، لم تبطل الكتابة ، لأنها عقد لازم ، فلم تبطل ببيعه كالنكاح ، ويكون في يد مشتريه مبقى على ما بقي من كتابته ، فإذا أدى عتق ، وولاؤه له . وإن عجز ، فله الفسخ، ويعود رقيقاً له ، لأن البائع نقل ماله من الحق فيه إلى المشتري فصار بمنزلته . وإن لم يعلم المشتري أنه مكاتب ، فله الخيار بين فسخ البيع، وأخذ ما بينه سليماً ومكاتباً، لأنه عيب، فأشبه سائر العيوب . والحكم في هبته والوصية به ، كالحكم في بيعه ، لأنه نقل للملك فيه . ولا يجوز وقفه ، لأنه معرض لزوال الرق فيه ، والوقف يجب أن يكون مستقراً .

فصل

وإن اشترى المكاتب مكاتباً آخر ،صح ، سواء اشتراه من سيده ، أو من أجنبي ، لأن المشتري أهل للشراء ، والمبيع محل له ، فصح ، كما لو اشترى عبداً . فإن عاد المبيع فاشترى سيده ، لم يصح ، لأنه لا يصح أن يملك مالكه ، والله أعلم .

بَابُ مَا يملكه المُكَاتبُ وَمَا لا يملكه

يملك المكاتب اكتساب المال بالبيع ، والإجارة، والأخذ بالشفعة ، وأخذ الصدقة،والهبة، وكسب المباحات،والسفر،لأنه من أسباب الكسب،وهو مع المولى ، كالأجنبي في ضمان المال ، وبذل المنافع، وأرش الجنايات، وجريان الربا بينهما ، لأنه صار بما بذله من العوض كالحر . وقال ابن أبي موسى : لا ربا بينهما ، لأنه ملك لسيده . قال أصحابنا : ولا بأس أن يعجل المكاتب لسيده ، ويضع عنه بعض كتابته ، لأن مال الكتابة ليس بمستقر ، ولذلك لا يصح ضمانه ، فليس بدين صحيح ، فكأن السيد أخذ بعضاً، وأسقط بعضاً .

فصل

ويملك التصرف في المال بما يعود لمصلحته ومصلحة ماله ، فيجوز أن ينفق على نفسه ، لأن هذا من أهم مصالحه ، وعلى رقيقه ، وحيواناته ، وله أن يفدي نفسه ورقيقه في الجناية ، لأن فيه مصلحته ، وله أن يختن غلامه ويؤدبه، لأنه صلاح للمال ، وله أن يقتص من الجناية عليه ، وعلى رقيقه ، ويأخذ الأرش ، لأن فيه مصلحته . ذكره القاضي . وقال أبو بكر وأبو الخطاب : لا قصاص له في جناية بعض رقيقه على بعض ، لأن فيه إتلاف المال على سيده.

فصل

وليس له إقامة الحد على رقيقه ، لأن طريقه الولاية ، والمكاتب ليس من أهل الولاية ، وليس له أن يتصدق ولا يتبرع ، ولا يعتق الرقيق، ولا يحج بماله ،ولا يهب ولا يحابي ، ولا يبرىء من الدين، ولا يكفر بالمال ، ولا ينفق على أقاربه، ولا يقرض، ولا يسرف في النفقة على نفسه، لأن حق السيد متعلق بإكسابه ، فإنه ربما عجز فصار إلى سيده . وإن كانت أمة مزوجة ، لم يملك بذل العوض في خلعها ، ولا تعجيل قضاء دين مؤجل ، لأنه تبرع يمنع التصرف في المال من غير حاجة إليه . وإن كان مكاتباً بين نفسين ، لم يكن له تقديم حق أحدهما ، لأن ما يقدمه يتعلق به حق الآخر ، ولا يملك فداء جنايته ، أو جناية رقيقه بأكثر من قيمته ، لأن الفداء كالابتياع . ولا يملك التزوج ولا التسري ، لأنه تلزمه النفقة والمهر في التزويج ، ولا يأمن حبل الأمة ، فتتلف بالولادة . وما فعل من هذا كله بإذن سيده. جاز. لأن المنع لأجله، فجاز بإذنه، كتصرف الراهن بإذن المرتهن . وإن وهب المولى أو أقرضه ، أو حاباه أو فدى جنايته عليه بأكثر من أرشها ، جاز لاتفاقهما عليه .

فصل

وليس له التصرف إلا على وجه الحظ والاحتياط ، لأن حق المولى متعلق باكتسابه فلا يبيع نسأً ،وإن أخذ به رهناً ، أو ضميناً . ويحتمل الجواز

لما ذكرنا في المضارب . وإن باع ما يساوي مائة بمائة نقداً وعشرين نسيئة ، جاز ،لأنه لا ضرر فيه، وليس له أن يضارب بماله ، لأنه يخاطر به، ولا يرهنه، لأنه يخرج ماله بغير عوض . وفيه وجه آخر : أنه يجوز له رهنه والمضاربة به ، لأنه قديرى الحظ فيه ، بدليل أن لولي اليتيم فعله في مال اليتيم ، فجاز ، كإجارته .

فصل

وإذا استولد أمته ، صارت أم ولد له ، لأنها علقت منه في ملكه ، وليس له بيعها . نص عليه وتكون هي وولدها منه موقوفين . إن عتق بالكتابة، عتق الولد ، وأمه أم ولد. وإن رق ، رقا . وذكر القاضي في موضع آخر : أن الأمة لا تصير أم ولد ، لأنها علقت بمملوك، وله بيعها ، وليس له مكاتبة رقيقه، لأنه إعتاق . واختار القاضي : أن له ذلك، لأنه معاوضة فملكه، كالبيع. وقال أبو بكر : إعتاقه وكتابته موقوفان . إن أدى وهما في ملكه نفذا ، وإلا بطلا ، كالقول في ذوي أرحامه . والأول أصح ، لأن العتق تبرع ، فلم يصح كالهبة . ومن لا يصح إعتاقه ، لا تصح كتابته ، كالمأذون ، وليس له تزويج الرقيق . وحكي عن القاضي : أن له تزويج الأمة دون العبد ، لأنه معاوضة. وقال أبو الخطاب : له تزويجها إذا رأى المصلحة فيه ، لأنه تصرف في الرقيق بما فيه المصلحة ، فجاز ، كختان العبد . والأول أصح ، لأن في التزويج ضرراً

بالمال ونقصاً في القيمة ، وليس هو من جهات المكاسب . قال القاضي : وله أن يشتري ذوي رحمه ، لأنه لاضرر على السيد فيهم ، فانه إن عجز فهم عبيد ، وإن عتق ، لم يضر السيد عتقهم . وقال أبو الخطاب : ليس له شراؤهم ، لأنه يبذل ماله فيما لا يجوز له التصرف فيه ، ويلزمه نفقته ، لكن يصح أن يملكهم بالهبة ، والوصية ، أو بالشراء بإذن السيد ، وعلى كلا القولين إذا ملكهم ، لم يعتقوا بمجرد ملكه لهم ، لأنه لا يملك إعتاقهم بالقول، فلا يحصل العتق بالملك القائم مقامه ، ولا يملك بيعهم ، ولا إخراجهم عن ملكه ، لأن من يعتق عليه ينزل منزلة جزئه ، فلم يجز بيعه ، كبعضه . فإن أدى ، عتق وكمل ملكه فيهم ، فعتقوا حينئذ ،وولاؤهم له دون سيده. وإن رق ، رقوا، ونفقتهم على المكاتب، لأنهم عبيده . وإن أعتقهم السيد ، لم يصح ، لأنهم ليسوا عبيداً له . وإن اشترى المكاتب زوجته ، أو المكاتبة زوجها ، صح ، لأنه يملك التصرف فيه . وإذا ملك أحدهما صاحبه ، انفسخ النكاح ، لأنه لا يجتمع ملك اليمين وملك النكاح . ولو زوج ابنته من مكاتبه ، فمات السيد قبل عتقه ، انفسخ النكاح، لأنها لما ملكته أو جزءاً من أجزائه ، انفسخ النكاح، كما لو اشترته.

فصل

وإن حبس المكاتب أجنبي عن التصرف ، فعليه أجرة مثله ، لأنه فوت منافعه ، فلزمه عوضها ، كالعبد . وإن حبسه سيده ، ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : تلزمه أجرة مثله ، لما ذكرنا . والثاني : لا يحتسب عليه بمدة الحبس ، لأنه يلزمه تمكينه من التصرف مدة الكتابة ، فإذا منعه ، لم يحتسب بها عليه . والثالث : يلزمه أرفق الأمرين به ، لأنه وجد سببها ، فكان للمكاتب أنفعها. وإن قهره أهل الحرب فحبسوه ، لم يلزم السيد إنظاره ، لأن الحبس من غير جهته .

فصل

وليس للسيد وطء مكاتبته من غير شرط ، لأنه زال ملكه عن استخدامها ، وأرش الجناية عليها ، فلا يحل وطؤها كالمعتقة . وإن شرطه في عقد الكتابة ، صح الشرط ؛ لأنه شرط منفعتها مع بقاء ملكه عليها ، فصح ؛ كما لو شرط خدمتها مدة ، فإن وطئها مع الشرط ، فلا مهر عليه ، لأنه يملكه ، فأشبه وطء أم ولده . وإن وطئها من غير شرط ،أدب،لأنه وطىء وطأ محرماً ، ولا حد عليه ، لأنها مملوكته ، ولها عليه مهر مثلها، سواء أكرهها،أو طاوعته ، لأنه عوض منفعتها، فوجب لها ، كما لو استخدمها . وإن علقت منه، فالولد حر، لأنه ولده من أمته ، ولا يلزمه قيمته لذلك ، وتصير أم ولد له ، لأنه أحبلها بجزء في ملكه ، والكتابة بحالها . فإن أدت،عتقت،وإن عجزت، عتقت بموته، لأنها من أمهات الأولاد ، وما في يدها لورثة سيدها . وإن مات السيد قبل عجزها ، عتقت ، لأنه اجتمع بها سببان يقتضيان العتق ، فأيها سبق عتقت به،

ومافي يدها لها. ذكره القاضي، لأن العتق إذا وقع في الكتابة، لا يبطل حكمها، ولأن الملك كان ثابتاً لها، والعتق لا يقتضي زواله عنها، فأشبه مالو عتقت بالإبراء من مال الكتابة. وقال الخرقي وأبو الخطاب: مافي يدها لورثة سيدها، لأنها عتقت بحكم الاستيلاد، فأشبه غير المكاتبة، ولو أعتقها سيدها، أو عتقت بالتدبير، احتمل أن يكون كذلك، واحتمل أن يكون مافي يدها لها بكل حال، لأن إعتاقها برضى من المعتق، رضى منه بإعطائها مالها، بخلاف العتق بالاستيلاد.

فصل

وولد المكاتبة من غير سيدها بعد كتابتها، بمنزلتها، لأنها استحقت الحرية بسبب قوي، فتبعها ولدها، كأم الولد. وسواء حملت به بعد الكتابة، أو كانت حاملاً به عند كتابتها، ونفقته عليها، لأنه تبعها في حكمها، وكسبه لها لذلك، وإن قتل، فقيمته لها، لأنه بمنزلة جزئها، وبذل جزئها لها. فإن أعتقه السيد، نفذ عتقه. نص عليه، لأنه عبد له فصح عتقه، كأمه. فإن كان ولدها جارية، لم يملك السيد وطأها، لأنه لا يملك وطء أمها، وحكمها حكم أمها. وإن وطئها، فلا حد عليه للشبهة. وعليه مهرها، حكمه حكم كسبها. وإن علقت منه، صارت أم ولد له بشبهة الملك، ولا يلزمه قيمتها، لأن القيمة تجب لمن يملكها، والأم لا تملك رقبتها، إنما هي موقوفة عليها، ويحتمل أن تلزمه قيمتها لأمها، كما لو قتلها، والحكم في وطء جارية المكاتبة، كالحكم في وطء

تها ، إلا أنه يلزمه قيمتها إذا أحبلها لمولاتها ، لأنها مملوكتها . ووطء جارية لمكاتب ، كوطء جارية المكاتبة سواء .

فصل

وإذا كانت الأمة بين شريكين فكاتباها ، ثم وطئها أحدهما، أدب لاحد عليه ، لشبهة الملك ، وعليه المهر لها ، لما قدمناه . فإن أولدها ، فولده حر ، وتصير أم ولد له ، وعليه نصف قيمتها لشريكه ، لأنه فوت رقها عليه . فإن كان موسراً أداه ، وإن كان معسراً ففي ذمته ، هذا ظاهر كلام الخرقي ، لأن الإحبال أقوى من الإعتاق ، بدليل نفوذه من المجنون ، وتصير أم ولد للواطىء ومكاتبة له ، كما لو اشترى نصفها من شريكه. وقال القاضي: إن كان الواطىء معسراً ، لم يسر إحباله إلى نصيب الشريك ، لأنه إعتاق ، فلم يسر مع الإعسار ، كالقول ، ويصير نصفها أم ولد . فإن عجزت ، استقر الرق في نصفها ، وثبت حكم الاستيلاد لنصفها . وإن كان الواطىء موسراً ، فنصفها أم ولد ، ونصفها موقوف . إن أدت ، عتقت . وإن عجزت ، فسخت الكتابة، وقوّمت حينئذ على الواطىء ، وصار جميعها أم ولد له . وأما الولد،فهو حر ، ونسبه لاحق بالواطىء . وهل تجب نصف قيمته ؟ فيه روايتان . إحداهما : تجب ، لأنه كان من سبيله أن يكون عبداً ، فقد أتلف رقه بفعله ، فكان عليه نصف قيمته . والثانية : لا تجب قيمته ، لأنه انتقل نصيب شريكه إليه حين

علقت به ، ولا قيمة له في تلك الحال ،فلم يضمنه. وقال القاضي:والرواية الأولى أصح على المذهب ، ويكون الواجب لأمه إن كانت في الكتابة ، لأنه بدل ولدها . وقال أبو بكر : إن وضعته بعد التقويم ، فلاشيء على الواطىء، لأنها وضعته في ملكه . وإن كان قبله ، غرم نصف قيمته .

فصل

فإن وطئها الثاني بعد وطء الأول ، وكانت باقية على الكتابة ، فعليه المهر لها . وإن كانت قد عجزت وقوّمت على الأول ، فالمهر له . وإن لم تقوّم على الأول ، فمهرها بينهما . فإن أولدها الثاني بعد الحكم بأنها أم ولد الأول ، لم تصر أم ولد للثاني ، وحكم ولدها حكمها ، كما لو ولدت من أجنبي . وإن كان قبل الحكم بأنها أم ولد للأول ، صار نصفها أم ولد للثاني ، ونصفها أم ولد للأول .

فصل

ويجب على السيد إيتاء المكاتب من المال قدر ربع الكتابة ، لقول الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) النور : ٣٣ وروى علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال في هذه الآية : « يحط عنه الربع » أخرجه أبو بكر . وهذا نص . وروي موقوفا على علي . ويخير السيد بين وضعه عنه ، وبين دفعه إليه ، لأن الله تعالى نص على الدفع إليه ، فنبه به على الوضع ، لكونه أنفع من الدفع ، لتحقق

النفع به في الكتابة ، فإن اختار الدفـــع ، جاز بعد العقد ، للآية . ووقت الوجوب بعد العتق،لقوله تعالى(وآتوهم من مال الله الذي آتاكم)النور :٣٣ فإذا آتى ماعليه ،عتق. وقال علي : الكتابة على نجمين ، والإيتاء من الثاني ،ويجب الإيتاء من جنس مال الكتابة ، للآية . فإن اتفقا على غير ذلك ، جاز ، لأن الحق لهما ، فجاز باتفاقهما . وإن مات السيد بعد العتق وقبل الإيتاء ، فذلك دين في تركته يحاص به غرماؤه ، لأنه حق لآدمي فلم يسقط بالموت ، كسائر حقوقه .

باب الأداء والعجز

لا يعتق المكاتب حتى يبرأ من مال الكتابة بالأداء،أو الإبراء،لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن النبي ﷺ قال : « المكاتب عبد مابقي عليه من مكاتبته درهم» رواه أبو داود.وقال أصحابنا،إذا أدى ثلاثة أرباع كتابته وعجز عن الربع ،عتق ، لأنه حق له ، فلا تتوقف حريته على أدائه ، كأرش جناية سيده عليه . وإن أبرأه سيده ، عتق لأنه لم يبق عليه شيء .

فصل

وإن عجلت الكتابة قبل محلها وفي قبضها ضرر ، لم يلزمه قبضه قبل محله ، كالسلم . وإن لم يكن في قبضه ضرر ، لزمه قبضه وعتق العبد ، لأن الأجــل

حق لمن عليه الدين . فإذا رضي بإسقاط حقه ، يجب أن يسقط كسائر الحقوق. وعنه: لا يلزمه قبضه ، لأن بقاء المكاتب في هذه المدة في ملكه حق له ، ولم يرض بزواله ، فلم يزل ، كما لو علق عتقه بمضي تلك المدة . وعنه : أنه يعتق إذا ملك ما يؤدي ، لما روت أم سلمة أن النبي ﷺ قال : « إذا كان لإحداكن مكاتب وكان عنده مايؤدي فلتحتجب منه » رواه الترمذي ، وقال : حديث حسن صحيح . فعلى هذا إن امتنع من الأداء ، أجبره الحاكم عليه .

فصل

وإذا حل نجم فعجز عن أدائه ، فللسيد الفسخ ، لأنه تعذر العوض في عقد معاوضة، ووجد عين ماله، فكان له الرجوع، كما لو باع سلعة فأفلس المشتري قبل تقديمها . وعنه : لا يعجز حتى يحل نجمان ، لأن ما بينهما محل الأداء الأول ، فلا يتحقق عجزه حتى يحل الثاني . وعنه : لا يعجز حتى يقول : قد عجزت ، وللسيد الفسخ بغير حاكم ، لأنه مجمع عليه ، أشبه الرد بالعيب . وإن امتنع العبد من الأداء مع إمكانه ، فظاهر كلام الخرقي : أن للسيد الفسخ ، وهو قول جماعة من أصحابنا ، لأن التعذر حاصل بالامتناع ، كحصوله بالعجز . وقال أبو بكر : ليس له الفسخ ، لأنه أمكن الاستيفاء بإجباره على ذلك ، وتعذر البعض كتعذر الجميع .

فصل

وإن كان معه متاع يريد بيعه فاستنظره ليبيعه ، لزمه إنظاره ،لأنه أمكن الاستيفاء من غير ضرر . ولا يلزمه إنظاره أكثر من ثلاث ، لأنها قريبة .وإن كان له مال غائب يرجو قدومه فيما دون مسافة القصر ، فكذلك ، وإن كان أبعد ، لم يلزمه إنظاره ، لأن فيه ضرراً . وإن كان له دين حالّ على مليء ، أو في يد مودع ، فهو كالغائب القريب . وإن كان على معسر ، أو مؤجلاً ، فهو كالبعيد . وإن حل النجم والمكاتب غائب بغير إذن سيده ، فله الفسخ . وإن كان بإذنه، لم يفسخ، ويرفع الأمر إلى الحاكم ليكتب كتاباً إلى حاكم ذلك البلد ، ليأمره بالأداء ، أو يثبت عجزه عنده، فيفسخ حينئذ . وإن حل والمكاتب مجنون معه مال ، فسلمه إلى المولى ، عتق ، لأنه قبض ما يستحقه،فبرئت به ذمة الغريم. وإن لم يكن معه شيء ، فلسيده الفسخ . فإن فسخ ثم ظهر له مال ، نقض الحكم بالفسخ ، لأننا حكمنا بالعجز في الظاهر ، وقد بان خلافه ، فنقض ، كما لو حكم الحاكم ، ثم وجد النص بخلافه . وإن كان قد أنفق عليه بعد الفسخ ،رجع بما أنفق ، لأنه لم يتبرع به، بل أنفق على أنه عبده . وإن أفاق بعد الفسخ فأقام بينة أنه كان قد أدى ، نقض الحكم بالفسخ، ولم يرجع السيد بالنفقة ، لأنه تبرع بإنفاقه عليه مع علمه بحريته .

فصل

وإن أحضر المكاتب المال، فقال السيد : هذا حرام، وأنكر المكاتب ولا بينة ، فالقول قول المكاتب مع يمينه ، لأنه في يده، فالظاهر أنه له. فإذا حلف ، خيّر المولى بين أخذه أو إبرائه من مال الكتابة . فإن لم يفعل ، قبضه الحاكم ، لأنه حق تدخله النيابة . فإذا امتنع منه ، قام الحاكم مقامه ، وكذلك إن عجلت الكتابة قبل محلها ـ وقلنا: يلزمه أخذه ـ فامتنع، قام الحاكم مقامه. وروي أن رجلاً أتى عمر فقال : يا أمير المؤمنين إني كاتبت على كذا وكذا ، وإني أيسرت بالمال، فأتيته بالمال ، فزعم أنه لا يأخذه إلا نجوماً ، فقال عمر : يا برقي خذ هذا المال فاجعله في بيت المال ، وأد إليه نجوماً في كل عام ، وقد عتق هذا . رواه الأثرم .

فصل

فإن أدى المكاتب ظاهراً فبان مستحقاً ، تبينا أنه لم يعتق ، لأن العتق بالأداء ، وما أدى . وإن علم بعد الموت ، فتركته لمولاه، أو ورثته، لأنه مات على الرق . وإن ظهر به عيب ، فللسيد الرد والمطالبة بالأرش . فإن رضي به معيباً ، استقر العتق. وإن طلب الأرش فأدى إليه ، استقر العتق . وإن لم يؤد إليه بطل العتق ، لأن ذمته لم تتم براءتها من المال . وإن رد المعيب بطل العتق ، الا أن يعطيه بدله . وقال أبو الخطاب : لا يرتفع العتق ، وله قيمة

المعيب، أو أرشه إن أمسكه . وإن كاتبه على خدمة شهر فمرض فيه ، لم يقع العتق ، لعدم العوض .

فصل

وإن باع ما في ذمة المكاتب ، لم يصح ، لأنه بيع دين، لا سيا وهو غير مستقر ، فإن قبضه المشتري ، لم يعتق المكاتب،لأنه لم يقبضه السيد،ولا وكيله، وانما قبضه المشتري لنفسه وهو لا يستحقه . وفيه وجه آخر : أنه يعتق ، لأن السيد أذن للمشتري في قبضه ، فكان قبضه كقبض وكيله .

فصل

إذا جنى المكاتب بدىء بجنايته قبل كتابته ، لأن جنايته تقدم على حق المالك إذا كان قناً ، فعلى حقه إذا كان مكاتباً أولى . فإن أداهما ، عتق ، وإن عجز عن أدائها ، فلكل واحد منهما تعجيزه . فإن عجّزه ولي الجناية ، بيع فيها ان استغرقته ، وإلا بيع منه بقدر جنايته ، وباقيه على الكتابة ، متى أدى كتابة باقيه عتق . وهل يسري عتقه ويقوم على سيده ان كان موسراً ؟ على وجهين . وان عجّزه السيد ، عاد قناً وخيّر بين فدائه أو تسليمه ، كعبده القن . فإن أعتقه السيد ، فعليه فداؤه أيضاً ، لأنه أتلف محل الحق . وان كان عليه دين من معاملة ، بدىء بقضائه مما في يده ، لأنه يتعلق بما في يده ، ويختص به . والسيد والمجني عليه يرجعان الى رقبته . فإن فضل شيء ، قدم ولي الجناية . وان لم

يكن له مال ، لم يملك الغريم تعجيزه ، لأن حقه في الذمة ، فــلا فائدة في تعجيزه ، بل تركه على الكتابة أنفع له ، لأنه ربما اكتسب بما يعطيه ، فكان أولى .

باب الكتابة الفاسدة

إذا كاتبه على عوض محرم ، أو مجهول ، فالعقد فاسد . وان شرط شرطاً فاسداً ، مثل أن يشرط أن يوالي من شاء من ميراثه، فالعقد صحيح، لأن عائشة رضي الله عنها قالت: كان في بريرة ثلاث قضيات، أراد أهلها أن يبيعوها ويشترطوا الولاء ، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال : « اشتريها وأعتقيها ، فإنما الولاء لمن أعتق » متفق عليه . فحكم بفساد الشرط مع أمره بالشراء ، ويتخرج فساد العقد بناء على فساد البيع به ، وإن شرط عليه أن لا يسافر، ولا يطلب الصدقة ، فالعقد صحيح . وفي الشرط روايتان . إحداهما : هو صحيح ، لأن فيه غرضاً صحيحاً للسيد، وهو صيانته عن أكل الصدقة، وصيانة عبده عن التغرير بالسفر . والثانية : هو باطل ، لأنه ينافي مقتضى العقد ، وهو تمكينه من الكسب ، وأخذ ما فرض الله له من الصدقات .

فصل

ومتى فسد العقد ، فللسيد الفسخ ، لأنه عقد فاسد لا حرمة له ، وسواء كان فيه صفة ، كقوله : إن أديت إليّ ، فأنت حر ، أو لم تكن ، لأن المقصود المعاوضة ، فصارت الصفة مثبتة عليها ، بخلاف الصفة المجردة . وله فسخ العقد بنفسه ، لأنه مجمع عليه ، وتنفسخ بموت السيد ، وجنونه، والحجر عليه لسفه ، لأنه عقد غير لازم فأشبه الوكالة . وقال أبو بكر : لا تنفسخ بذلك،ولا تبطل بجنون العبد ، لأنه لازم من جهته ، فأشبه العتق المعلـــق بصفة . وإن أدى ما كوتب عليه، عتق ، لأن الكتابة جمعت معاوضة وصفة،فإذا بطلت المعاوضة، بقيت الصفة، فعتق بها . وإن أدى إلى غير من كاتبه ، أو أبرأه السيد مما عليه ، لم يعتق ، لأن الصفة لم توجد . وقال أبو بكر : يعتق بالأداء إلى الوارث ، لأنه قام مقام الموروث . وإذا عتق فله ما فضل في يده من الكسب . ويتبع الجارية ولدها ، لأنها أجريت مجرى الصحيحة في العتق ، فتجري مجراها فيما ذكرنا . وفيه وجه آخر : لا يتبعها ولدها ولا فضلة كسبها ، لأن عتقها بالصفة دون الكتابة . ولا يرجع السيد على العبد بشيء ، لأنها إما عتق بصفة ، وإما مجراه مجرى الكتابة الصحيحة ، وكلاهما لا يثبت فيه التراجع .

باب جامع الكتابة

تصح كتابة بعض العبد ، لأنه عقد معاوضة على نصيب المكاتب ، فصح كبيعه . وإذا كاتبه وكان باقيه حراً ، فأدى، كملت له الحرية. وإن كان باقيه قناً ، لم تسر الكتابة إليه ، لأنه عقد معاوضة ، فأشبه البيع ، ويصير شريكاً لمالك باقيه في نفسه . فإذا أدى ما كوتب عليه ، ومثله لمالك باقيه ، عتق وسرى العتق إلى سائره إن كان جميعه للمكاتب . وإن كان لغيره والمكاتب موسر ،عتق جميعه، وإن كان معسراً ، لم يعتق إلا ما كاتبه ، كالإعتاق المنجز . وإذا أذن له شريك المكاتب في الأداء من جميع كسبه ، عتق بأدائه ، كالو أدى اليهما . وان كان باقيه مكاتباً، أو كاتبه السيدان معاً ، جاز ، سواء اتفق العوضان أو اختلفا ، لأنه عقد معاوضة فأشبه البيع . ولا يملك أن يؤدي إلى أحدهما أكثر مما يؤدي إلى صاحبه ، لأنهما سواء في كسبه ، إلا أن يأذن أحدهما في تعجيل حق الآخر فيجوز . وذكر أبو بكر وجهاً آخر : أنه لا يجوز تخصيص أحدهما بالأداء وإن أذن الآخر فيه ، لأن حقه في ذمته ، لا فيما في يده ، فلم ينفع إذنه فيه ، والأول أصح ، ، لأن المنع لحقه، فجاز بإذنه . فإن أدى إليهما في حال واحدة ، عتق عليهما وولاؤه لهما . وإن أدى إلى أحدهما قبل الآخر بإذنه ، أو لكون نصيب المؤدى إليه من العوض أقل ، عتق نصيبه وسرى الى نصيب الآخر إن

كان موسراً في قول الخرقي ، لأنه أعتق شركاً له في عبد ، وهو موسر ، فعتق عليه كله ، لحديث ابن عمر . وقال أبو بكر : لا يسري في الحال ، لأن في سرايته إبطال نصيب صاحبه من الولاء الذي انعقد سببه ، وهكذا الخلاف فيما إذا عتق أحدهما نصيبه بالمباشرة ، وفيما إذا كان نصفه قنا فأعتقه صاحب القن .

فصل

ويجوز أن يكاتب جماعة من عبيده صفقة واحدة بعوض واحد ، لأن العوض بجملته معلوم ، فصح ، كما لو باع عبدين بثمن واحد ، ويصير كل واحد منهم مكاتباً بحصته من العوض ، يقسم بينهم على قدر قيمتهم حين العقد ، لأنه عوض ، فيسقط على المعوض بالقيمة ، كما لو اشترى شقصاً وسيفاً . قال أبو بكر : ويتوجه لأبي عبد الله قول آخر : أن العوض بينهم على عددهم ، لأنه أضيف إليهم إضافة واحدة ، فكان بينهم على السواء ، كما لو أقر لهم بشيء ، والأول أصح . وتعتبر قيمتهم حال العقد ، لأنه حال زوال سلطانه عنهم . وأيهم أدى ، عتق ، لأنه أدى ما عليه فعتق ، كما لو انفرد . وقال ابن أبي موسى : لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة . وإن مات بعضهم ، سقط من مال الكتابة بقدر حصته ، والأول أصح .

فصل

وإذا كاتب السيد عبده ، فماله لسيده ، لقول النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال ، فماله للبائع ، إلا أن يشترطه المبتاع » ولأنه عقد يزيل ملك السيد عن إكسابه ، فأشبه البيع .

باب إختلاف السّيد وَمكاتبه

إذا اختلفا في أصل العقد ، فالقول قول السيد مع يمينه ، لأن الأصل عدمه . وإن اختلفا في قدر مال الكتابة، أو أجل ، ففيه ثلاث روايات . إحداهن : القول قول السيد ، لأنهما اختلفا في الكتابة ، فأشبه ما لو اختلفا في عقدها . والثانية : القول قول المكاتب ، لأن الأصل عدم الزيادة المختلف فيها. والثالثة : يتحالفان ، لأنهما اختلفا في قدر العوض، فيتحالفان ، كما لو اختلفا في ثمن المبيع. فإذا تحالفا قبل العتق، فسخنا العقد، إلا أن يرضى أحدهما بما قال صاحبه . وإن كان التخالف بعد العتق ، رجع السيد على العبد بقيمته ، ورجع العبد بما أداه على سيده .

فصل

وإن وضع السيد عن العبد بعض نجومه، أو أبرأه منه ، واختلفا في أي النجوم هو ، فالقول قول السيد ، لأنهما اختلفا في فعله . وإن وضع عنه دراهم

والكتابة على دنانير ، لم يصح ، لأنه وضع عنه غير ما عليه . فإن قال العبد : إنما أردت دنانير بقيمة الدراهم ، فأنكره السيد ، فالقول قول السيد ، لأن الظاهر معه ، وهو أعلم بما عنى . وإن أدى كتابته ، فقال السيد : أنت حر، ثم بان مستحقاً ، لم يعتق ، لأن الظاهر أنه قصد الخبر بناء على ظنه ، وقد بان خلافه . فإن قال العبد : أردت عتقي ، فأنكره السيد ، فالقول قوله ، لأنه أعلم بقصده . وإن ادعى العبد وفاء الكتابة فأنكره السيد ، فالقول قول السيد ، لأن الأصل عدم الوفاء . وإن قال السيد : استوفيت،فادّعى المكاتب أنه وفاه الجميع ، وقال السيد : إنما وفيتني البعض ، فالقول قول السيد ، لأن الاستيفاء لا يقتضي الجميع .

فصل

فإن كان للمكاتبة ولد فقالت :ولدته في الكتابة ، فقال السيد: بل قبلها ، فالقول قول السيد ، لأنه اختلاف في وقت الكتابة ، والأصل عدمها قبل الولادة . وإن زوج السيد مكاتبه أمته ، فولدت منه : واشترى زوجته ، فقال السيد: ولدتْه قبل الشراء ، وقال المكاتب: بل بعده ، احتمل أن تكون كالتي قبلها ، واحتمل أن يكون القول قول العبد ، لأن هذا اختلاف في الملك ، والظاهر مع العبد ، لأنه في يده . بخلاف التي قبلها ، لأنهما لم يختلفا في الملك، إنما اختلفا في وقت العقد .

فصل

فإذا أدى أحد المكاتبين إلى السيد، أو أبرأه ، فادعى كل واحد من المكاتبين أنه المؤدي ، أو المبرىء ، فالقول قول السيد في التعيين ، لأنه لو أنكرهما ،كان القول قوله.فإذا أنكر أحدهما، قبل قوله ،وعليهاليمين له ، فإن نكل قضى عليه، وعتقا جميعاً . فإن قال: لا أعلم أيكما المؤدي ، فعليه اليمين أنه لا يعلم ، فيقرع بينهما ، فمن قرع صاحبه ، حلف وعتق ، وبقي الآخر على الكتابة ، وكذلك إن مات السيد قبل التعيين ، قرع بينهما ، لأنهما تساويا في احتمال الحرية ، فأشبه ما لو أعتق أحدهما وأنسيه .

فصل

إذا كاتب عبيداً كتابة واحدة ، فأدوا ، عتقوا . فقال من كثرت قيمته : أدينا على قدر قيمنا ، وقال الآخر : بل أدينا على السواء ، فبقيت لنا على الأكثر بقية ، فمن جعل العوض بينهم على عدد رؤوسهم ، قال : القول قول من ادعى التسوية ، ومن جعل على كل واحد قدر حصته ، فعنده فيه وجهان . أحدهما : القول قول من يدعي التسوية ، لأن أيديهم على المال فيتساوون فيه . والثاني : القول قول الآخر ، لأن الظاهر أن الانسان لا يؤدي إلا ما عليه .

فصل

وإذا كاتب رجلان عبداً بينهما ، فادعى أنه أدى إليهما، فصدقه أحدهما ، وأنكر الآخر ، عتق نصيب المقر ، وحلف الآخر، وبقيت حصته على الكتابة، وله مطالبة المقر بنصف ما قبض ، لحصول حقه في يده ، ومطالبة المكاتب بالباقي ، وله مطالبة المكاتب بالجميع ، لأنه لم يدفع إليه حقه ، ولا إلى وكيله ، فإذا قبض ، عتق المكاتب ، ومن أيهما أخذ ، لم يرجع به المقبوض منه على الآخر ، لأنه يقر ببراءة صاحبه ، ويدعي أن المنكر ظالمه ، فلا يرجع بما ظالمه به على غيره . فإن عجز المكاتب ، عجزه ورق نصفه ، ولم يسر عتق الآخر ، لأنه لا يعترف بعتقه ولا العبد أيضاً ، ولا يعترف المنكر بعتق شيء منه. وإن شهد المصدق له. فقال الخرقي: تقبل شهادته له في العتق، لأنه لا نفع له فيه ، ولا تقبل شهادته فيما يرجع إلى براءته من مشاركة صاحبه . وقياس المذهب أنه لا تقبل شهادته في العتق أيضاً ، لأن من شهد بشهادة يجر إلى نفسه نفعاً ، بطلت شهادته في الكل . وإن ادعى المكاتب ، دفع جميع المال إلى أحدهما ، ليأخذ نصيبه منه ، ويدفع باقيه إلى شريكه . وقال المدعى عليه : بل دفعت إلى كل واحد منا حقه ، فهي كالتي قبلها، إلا أن المنكر يأخذ حصته بلا يمين ، لأنه لا يدعي واحد منهما دفع المال إليه . وإن قال المدعى عليه : قبضت المال، ودفعت إلى شريكي حصته، فأنكر شريكه، فعليه اليمين هاهنا، لأنه يدعي التسليم إليه . فإذا حلف ، فله مطالبة من شاء منهما بجميع حقه . فإن

أخذ من المكاتب ، رجع على المقر ، لأنه قبض منه، سواء صدقه المكاتب في الدفع إلى شريكه، أو كذبه ، لتفريطه في ترك الإشهاد . فإن حصل للمنكر ماله من أحدهما ، عتق . وإن عجز المكاتب ، فللمنكر استرقاق نصفه ، والرجوع على المقر بنصف ماقبض ، لأنه استحق نصف كسبه ، ويقوم على المقر ، لأن رقه كان بسبب منه ، وهو التفريط .

فصل

وإذا خلف رجل ابنين وعبداً ، فادعى العبد أن سيده كاتبه،فأنكراه ، فالقول قولهما مع أيمانهما ، لأن الأصل عدم الكتابة، ويحلفان على نفي العلم ، لأنها يمين على فعل الغير. وإن صدقه أحدهما ،أو نكل عن اليمين،وحلف الآخر ، ثبتت الكتابة لنصفه . ومتى أدى إلى المقر ، عتق نصيبه ، ولم يسر إلى نصيب شريكه ، لأنه لم يباشر العتق ، ولم يتسبب إليه،إنما هو مقر بما فعل أبوه، وولاء نصفه الذي عتق للمقر ، لأنه لا يدعيه غيره . وإن شهد المقر على المنكر ، فشهادته مقبولة إن كان عدلاً ، لأنه لا يجر إلى نفسه نفعاً ، ولا يدفع ضرراً . والله أعلم.

بَابُ حُكْمِ أمهاتِ الأولاد

إذا أصاب الرجل أمته ، فولدت منه مايتبين فيه بعض خلق الإنسان ، صارت له أم ولد ، تعتق بموته من رأس المال ، لما روى ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ «أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه» رواه أحمد، وابن ماجه . ولأنه إتلاف حصل بالاستمتاع، فحسب من رأس المال ، كإتلاف ما يأكله . فأما إن علقت منه في غير ملكه ، لم تعتق عليه ، سواء ملكها حاملاً أو بعد الوضع ، لأنها علقت بمملوك . فإذا كان الولد مملوكا ، فأمه أولى . وعنه : إن ملكها حاملاً فولدت عنده ، صارت له أم ولد ، لعموم الخبر . وقال القاضي : إن لم يطأها بعد ملكه لها ، لم تصر أم ولد . وكذلك إن وطئها بعد أن كمل للولد خمسة أشهر ، لأن الوطء لا يؤثر في الولد ، وإن وطئها في ابتداء حملها ، أو توسطه بعد ملكه لها ، صارت أم ولد ، لأن الماء يزيد في سمعه وبصره . وقد قال عمر : أبعدَما اختلطت دماؤكم ودماؤهنّ ، ولحومكم ولحومهنّ ، بعتموهن ؟! فعلل بالاختلاط وقد وجد . وإن ولدت منه في غير ملكه بنكاح ، أو زنا، ثم ملكها ، لم تصر أم ولد ، لأن ولدها مملوك لسيد الأمة . ونقل ابن ابي موسى : أنها تصير أم ولد ، لما ذكرناه . والأول المذهب .

فصل

فإن أسقطت ولداً ميتاً ، فهو كالحي في ذلك ، لأنه ولد . وإن أسقطت جزءاً منه ، كيد، ورجل ، فهي أم ولد ، لأنه من ولد. وإن ألقت نطفة أو علقة ، لم تصر أم ولد ، لأنه ليس بولد . وإن وضعت ما يتحقق فيه تخطيط ، من رأس، أو يد، أو رجل، أو عين ، فهو ولد. وإن ألقت مضغة ، فشهدت ثقة من القوابل أنه تخطط ، أو تصور ، ثبت أنه ولد . وإن لم يتخطط ويتصور ، فشهدت أنه بدو خلق آدمي ، ففيه روايتان ، إحداهما : لا تصير أم ولد ، لأنه ليس بولد ، أشبه النطفة ، والأخرى هي أم ولد ، لأنه بدوّ خلق بشر، أشبه المتخطط .

فصل

ويملك الرجل استخدام أم ولده، وإجارتها ووطأها ، وتزويجها، وحكمها حكم الإماء في صلاتها وغيرها ، لأنها باقية على ملكه ، إنما تعتق بعد الموت بدليل حديث ابن عباس .

فصل

ولا يملك بيعها ولا هبتها ، ولا التصرف في رقبتها ، لما روى سعيد بن منصور بإسناده عن عبيدة . قال : خطب عليّ الناس فقال : شاورني عمر في أمهات الأولاد ، فرأيت أنا وعمر أن أعتقهن ، فقضى به عمر حياته ، وعثمان

حياته ، فلما وليت رأيت أن أرقهن . قال عبيدة : فرأي عمر وعلي في الجماعة أحب إلينا من رأي علي وحده . وروي عنه أنه قال : بعث إلى علي وإلى شريح أن اقضوا كما كنتم تقضون ، فإني أكره الاختلاف . وروى صالح عن أحمد أنه قال : أكره بيعهن ، وقد باع علي ابن أبي طالب . قال أبو الخطاب : فظاهر هذا أنه يصح البيع مع الكراهة ، والمذهب الأول .

فصل

وإن ولدت من غير سيدها ، فله حكمها ، يعتق بموت سيدها ، سواء عتقت أو ماتت قبله ، لأن الاستيلاد كالعتق المنجز ، ولا يبطل الحكم فيه بموتها ، لأنه استقر في حياتها فلم يسقط بموتها ، كولد المدبرة .

فصل

وإن أسلمت أم ولد الذمي ، لم تعتق . ونقل عنه مهنا : أنها تعتق ، لأنه لا يجوز إقرار ملك كافر على مسلمة ، ولا سبيل إلى إزالته بغير العتق . وعنه : أنها تستسعي في قيمتها ثم تعتق ، والمذهب الأول . قال أبو بكر : الذي تقتضيه أصول أبي عبد الله أنها لا تعتق ، لأنه سبب يقتضي العتق بعد الموت ، فلم يتجزء بالإسلام ، كالتدبير ، ولكن تزال يده عنها ، ويحال بينه وبينها ، لأن المسلمة لا تحل لكافر ، وتسلم إلى امرأة ثقة ، ونفقتها في كسبها ، وما فضل منه ، فهو لسيدها . وإن لم يف بنفقتها ، فعلى سيدها تمامها في إحدى الروايتين ، وهو

قول الخرقي ، لأنها مملوكته . والثانية : لا يلزمه ذلك ، لأنه منع الانتفاع بها . فإن أسلم ، حلت له ، وإن مات عتقت .

فصل

وإن جنت ، لزم سيدها فداؤها ، لأنه منع من بيعها بالإحبال ، ولم تبلغ حالا تتعلق بذمتها ، فأشبه مالو امتنع من تسليم عبده القن ، ويفديها بأقل الأمرين من قيمتها ، أو أرش جنايتها ، لأنه لا يمكن بيعها . وعنه : يفديها بأرش جنايتها بالغة ما بلغت . حكاها أبو بكر ، لأنه ممنوع من تسليمها . فإن عادت فجنت، فداها كما وصفت ، لان الموجب لفدائها وجد في الثانية كوجوده في الاولى ، فوجب استواؤهما في الفداء ، لاستوائهما في مقتضيه .

فصل

وإن جنت أم ولد على سيدها فيما دون النفس ، فهو كجناية القن سواء . وإن قتلته ، عتقت ، لأنه زال ملكه بموته ، ولا يمكن نقل الملك . فإن كانت جنايتها عمداً ، فللأولياء القصاص منها . وإن كانت غير موجبة له ، فسقط بالعفو ، فعليها قيمة نفسها ، لأنها جناية أم ولد ، فلم يجب أكثر من قيمتها ، كالجناية على الأجنبي . وإن ورث ولدها شيئاً من القصاص الواجب عليها ، سقط كله ، لأنه لايتبعض ، وصار الأمر إلى القيمة .

فهرس الجزء الثاني من كتاب الكافي

الصفحة	الموضوع

الصفحة	الموضوع

الصفحة	الموضوع
٥٦٣	باب الإقرار بمشارك في الميراث
٥٦٦	باب ميراث المفقود
٥٦٧	باب الولاء
٥٦٨	باب الميراث بالولاء
٥٧٠	فصل في جر الولاء
٥٧٤	كتاب العتق
٥٨٣	فصل في كيفية القرعة
٥٨٧	باب تعليق العتق بالصفة

الصفحة	الموضوع
٥٩٠	باب التدبير
٥٩٦	باب الكتابة
٦٠١	باب ما يملكه المكاتب وما لا يملكه
٦٠٩	باب الأداء والعجز
٦١٤	باب الكتابة الفاسدة
٦١٦	باب جامع الكتابة
٦١٨	باب اختلاف السيد ومكاتبه
٦٢٣	باب حكم أمهات الأولاد

الأعلام العلية في مناقب ابن تيمية

تأليف

الحافظ عمر بن علي البزّار

حققه

زهير الشاويش

المسائل الماردينية

في

فقه الكتاب والسُّنة

ورفع الحرج في العبادات والمعاملات

تأليف

شيخ الإسلام ابن تيميّة

تحقيق

زهير الشاويش